

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O JUIZ DAS GARANTIAS A PARTIR DAS
ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELA LEI
13.964/2019**

IGOR ANTUNES COSTA

RIO DE JANEIRO/RJ

2021

IGOR ANTUNES COSTA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O JUIZ DAS GARANTIAS A PARTIR DAS
ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELA LEI
13.964/2019**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. JUNYA RODRIGUES BARLETTA.**

RIO DE JANEIRO/RJ

2021

IGOR ANTUNES COSTA

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O JUIZ DAS GARANTIAS A PARTIR DAS
ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELA LEI
13.964/2019**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. JUNYA RODRIGUES BARLETTA**.

Data da aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Junya Rodrigues Barletta

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO/RJ

2021

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar os institutos da audiência de custódia e do juiz das garantias a partir das alterações do Código de Processo Penal promovidas a partir do advento da lei 13.964/2019, de forma a verificar a relação existente entre eles no modelo constitucional e convencional de processo penal. A audiência de custódia é o direito do preso de ser apresentado perante a autoridade judiciária competente (agora, o juiz das garantias) em até vinte e quatro horas da prisão, tendo como finalidades o controle efetivo de legalidade, necessidade, adequação e proporcionalidade da prisão e demais medidas cautelares pessoais, a prevenção e o combate à tortura e aos maus-tratos praticados por policiais no momento da prisão. Além de presidir a audiência de custódia, o juiz das garantias será o responsável pelo controle da legalidade e salvaguarda dos direitos individuais do imputado desde a instauração do procedimento investigativo até o recebimento da denúncia. Do estudo realizado na monografia sobre o juiz das garantias e a audiência de custódia, foi possível verificar que ambos os institutos atuam juntos para consolidar no Brasil o sistema processual penal acusatório, pautado na imparcialidade do julgador e na proteção dos direitos e garantias fundamentais, por meio da separação das funções de julgar, acusar e defender. Pesquisas atuais apontam que as finalidades da audiência de custódia estão sendo desvirtuadas, visto que a liberdade não é tratada como regra e sim como a exceção. Neste sentido, entende-se que o instituto do juiz das garantias poderá ser um instrumento para proporcionar uma maior adequação da audiência de custódia às suas finalidades.

Palavras-chave: Audiência de Custódia; Juiz das Garantias; Sistema Acusatório; Direitos Individuais.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the institutes of the custody hearing and the judge of guarantees from the amendments to the Code of Criminal Procedure promoted from the enactment of Law 13.964/2019, in order to verify the relationship between them in the constitutional model and conventional criminal procedure. The custody hearing is the prisoner's right to be presented before the competent judicial authority (now, the judge of guarantees) within twenty-four hours of the arrest, with the purpose of effectively controlling the legality, necessity, adequacy and proportionality of the arrest and other personal precautionary measures, and the prevention and fight against torture and ill-treatment practiced by police at the time of arrest. In addition to presiding over the custody hearing, the guarantee judge will be responsible for controlling the legality and safeguarding the individual rights of the accused from the start of the investigative procedure until the receipt of the complaint. From the study carried out in the monograph on the judge of guarantees and the custody hearing, it was possible to verify that both institutes work together to consolidate the accusatory criminal procedural system in Brazil, based on the impartiality of the judge and the protection of fundamental rights and guarantees, for through the separation of the functions of judging, accusing and defending. Current research indicates that the purposes of the custody hearing are being distorted, as freedom is not treated as a rule but as an exception. In this sense, it is understood that the institute of the judge of guarantees can be an instrument to provide a greater adaptation of the custody hearing to its purposes.

Keywords: Custody Hearing; Judge of Guarantees; Accusatory system; Individual rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANPP – Acordo de Não-Persecução Penal

CPP – Código de Processo Penal

CIDH – Comissão Interamericano de Direitos Humanos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

DPERJ – Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

FND – Faculdade Nacional de Direito

IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa

INFOPEN – Sistema Integrado de Informações Penitenciárias

OBSAC-UFRJ – Observatório das Audiências de Custódia da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDH – Pacto Internacional de Direitos Humanos.

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ/RJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro

Sumário

INTRODUÇÃO.....	9
1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	10
1.1. Conceito, previsão normativa e requisitos	10
1.2. Cabimento.....	13
1.3. Finalidades	15
1.3.1. Controle de legalidade da prisão	15
1.3.2. Prevenção e combate a torturas e aos maus tratos	20
1.4. Procedimento	24
1.5. Resultados	27
1.5.1. Relaxamento da prisão.....	27
1.5.2. Liberdade provisória com ou sem fiança	30
1.5.3. Medidas cautelares diversas da prisão	31
1.5.4. Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.....	34
2. A REALIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA	40
2.1. Perfil socioeconômico dos custodiados	40
2.2. Violação aos direitos e garantias do custodiado.....	42
2.3. Excesso de medidas cautelares.....	47
2.4. Exceção a excepcionalidade da prisão.....	48
3. JUIZ DAS GARANTIAS	53
3.1. Sistemas Processuais	53
3.2.1. Sistema Inquisitivo	53
3.2.2. Sistema Acusatório	55
3.2. Conceito.....	58
3.3. Atribuições.....	58
3.3.1. Controle de legalidade, necessidade, manutenção da prisão e das medidas cautelares	59
3.3.2. Acordo de não persecução penal; colaboração premiada.....	60
3.3.3. Zelo pelos direitos do custodiado	62
3.3.4. Provas antecipadas.....	62
3.3.5. Incidente de insanidade mental	64
3.3.6. Assistente técnico	64
3.3.7. Prorrogação e trancamento do inquérito policial	64
3.3.8. <i>Habeas Corpus</i> antes da denúncia	65
3.3.9. Recebimento da denúncia ou queixa	66
3.4. Limites de atuação.....	67

3.4.1. Impedimento	69
3.5. ADIn's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305	70
3.6. Implementação e organização	74
CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar a relação existente entre a audiência de custódia e o juiz das garantias, ambos inseridos no modelo de processo penal acusatório, de forma a verificar como o instituto do juiz das garantias pode auxiliar que a audiência de custódia cumpra suas finalidades declaradas.

A audiência de custódia consiste na apresentação de qualquer pessoa presa, sem demora, a autoridade competente para que esta possa efetuar o controle da legalidade e necessidade da prisão, além de averiguar a ocorrência de tortura ou maus tratos.

A implantação do juiz das garantias traduz-se na presença de 2 (dois) magistrados ao longo da persecução penal, um responsável pela fase investigativa, outro pela instrução e julgamento da causa. O juiz das garantias será o responsável pelo controle de legalidade investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais submetidos à reserva de jurisdição. Como decorrência de suas atribuições, o juiz das garantias também passa a ser o responsável pela condução da audiência de custódia.

Juntamente com a criação do juiz das garantias, o legislador ordinário consagrou a opção pelo sistema penal acusatório ao vedar a iniciativa de ofício do juiz ao longo da investigação, na produção da prova e na decretação de medidas cautelares. Delimitou-se, portanto, que o processo penal brasileiro deve ser regido pela separação das funções de acusar, defender e julgar.

Em 2015, a audiência de custódia foi implementada no Poder Judiciário brasileiro com uma perspectiva de combater o encerramento em massa por meio da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Atualmente, as pesquisas relevam que a audiência de custódia não cumpre com seus objetivos, visto que a prisão preventiva é o resultado mais comum. Acredita-se que essa disfuncionalidade da audiência de custódia pode ser corrigida com a implementação do juiz das garantias e a consolidação do sistema penal acusatório.

No primeiro capítulo, o estudo recairá sobre a audiência de custódia, destacando o seu conceito, disposição normativa e cabimento. Em seguida, serão expostas as finalidades da

audiência, sendo necessário uma breve análise da prisão em flagrante e nas medidas cautelares. Por último, será feito um breve apanhado do seu procedimento e exposição dos possíveis resultados.

No segundo capítulo, a análise recairá sobre a realidade prática da audiência de custódia, por meio dos resultados das pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro do Direito de Defesa, Observatório de Audiência de Custódia da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ e pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Inicialmente será explicitado o perfil do grupo social sobre o qual recai a repressão punitiva estatal. Em seguida, veremos quais são as violações mais comuns aos direitos e garantias do custodiado. Posteriormente, será demonstrado que na audiência de custódia a regra é a prisão preventiva, seguida da decretação cumulativa de medidas cautelares diversas da prisão.

No último capítulo, a análise recairá sobre o juiz das garantias. Primeiramente, faremos uma caracterização dos sistemas processuais inquisitivos e acusatórios. No segundo momento, será apresentada a conceituação e a apresentação de suas atribuições, apesar de os arts. 3º-B a art. 3º-F, CPP estarem com eficácia suspensa⁴, em virtude da decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux. Apesar da suspensão, serão feitas elucidações sobre cada uma das atribuições do juiz das garantias, com o foco naqueles que se realizam com a audiência de custódia. Posteriormente, veremos os limites de atuação do juiz das garantias, com o seu impedimento para atuar na fase de instrução. Na sequência, a análise ficará restrita aos motivos que determinaram a sua suspensão. Por último, será feita uma análise sobre a implementação e organização do juiz das garantias a partir do estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça.

1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

1.1. Conceito, previsão normativa e requisitos

A audiência custódia, também chamada de audiência de apresentação ou de audiência de garantia¹, é um direito fundamental subjetivo de toda pessoa presa (em flagrante, cautelar ou definitiva) de ser apresentada a autoridade judicial competente em até 24 (vinte e quatro) horas após a prisão, assegurando-a o contraditório, com a presença de um defensor, a fim de que o magistrado efetue o controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, bem como aprecie questões relativas a violências policial e maus tratos. Assim, a audiência de custódia configura-se como um direito de acesso à jurisdição penal, compondo o rol de garantias individuais, e, traduz-se em uma obrigação positiva do Estado.²

Na normativa internacional, a audiência de custódia está prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica – artigo 7.5.)³ e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 9.3.)⁴, ambos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro em 1992. Em contraposição ao entendimento da doutrina majoritária que defende a hierarquia constitucional da CADH e a PIDCP, o STF entende que esses documentos internacionais possuem *status* de norma supralegal⁵, ou seja, apenas gozam de hierarquia superior a qualquer lei ordinária (CPP, por exemplo). A despeito do posicionamento adotado, tanto o CPP como as demais leis do nosso ordenamento jurídico devem se submeter ao controle de convencionalidade (técnica de ajustar e compatibilizar, formal e materialmente, o

¹ **Audiência de Custódia de Parlamentares com foro especial por prerrogativa de função.** Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/audiencia-de-custodia-de-parlamentares-com-foro-especial-por-prerrogativa-de-funcao-por-bruno-taufner-zanotti-e-cleopas-isaias-santos-1508598127>>. Acesso em: 14/01/2021.

² PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 1324.

³ Pacto de San José da Costa Rica: “Artigo 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

⁴ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: “Artigo 9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 466.343 /SP**. Relator: Ministro Cesar Peluzo. Julgado em: 03/12/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acessado em: 27/10/2020. O STF entende que Tratados Internacionais de Direito Humanos ratificados antes da Emenda Constitucional 45, não aprovados pelo rito especial de três quintos, possui status supralegal.

ordenamento jurídico interno aos Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo Brasil). A compatibilização do direito interno aos ditames do instrumento internacional não se trata de mera faculdade, mas sim de uma obrigação, pois pouca ou nenhuma importância teria os tratados internacionais se cada país pudesse ponderar qual direito implementar e quando fazê-lo, sendo que, voluntariamente, aderiram ao tratado. Essa conduta iria de encontro do art. 1.1 da CADH (obrigação de respeitar e garantir os direitos).⁶

O art. 5º, § 2º, da CF prevê que os direitos e garantias expressos na Constituição, não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Nesse sentido, ao ratificar um tratado, além de se submeter às suas cláusulas, o Brasil deve observá-lo como parâmetro na elaboração de futuras leis e, principalmente, na adequação do sistema jurídico interno aos compromissos assumidos. A inércia do Estado na adoção de medidas legislativas instrumentalizadoras dos direitos consagrado no tratado obsta o vigor e aplicabilidade das disposições neles previstas. Ademais, quando se fala em tratados de direitos humanos, como a CADH e PIDCP, as leis ordinárias, anteriores ou posteriores, que sejam com eles colidam, não terão eficácia jurídica.⁷

No caso *Almonacid Arellano*⁸, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, responsável pela interpretação da CADH, alude que o controle de convencionalidade também deve levar em conta a própria jurisprudência da Corte, sendo, inclusive, tal controle um dever de ordem pública (*ex officio*) de todos os magistrados. Ou seja, quem determina o significado e alcance da CADH é a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo vedado ao Estado signatário relativizar suas cláusulas por vontade política interna.⁹ Além disso, a interpretação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos é deve-se pautar nos critérios da máxima efetividade e da primazia da norma mais favorável ao indivíduo. Esse preconiza que diante do conflito de normas (nacionais ou internacionais) a interpretação dos direitos humanos sempre será a mais favorável ao indivíduo. Aquele orienta que interpretação de determinado direito deve conduzir

⁶ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro** -3ª edição. Edição Kindle. Sem paginação.

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Parecer. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod_resource/content/0/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf>. Acesso em: 14/01/2021.

⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Sentença de 26/09/06. Disponível <<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em: 14/01/2021.

⁹ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2 ed. – Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. p. 49-56.

ao maior proveito pelo seu titular, resultando na aplicação direta e imediata do direito. Ainda nesse campo, o princípio da interpretação internacionalista alude que o intérprete deve observar os precedentes internacionais de direitos humanos, sob pena de subverter o compromisso internacional que visa ampliar a proteção de direitos e garantias fundamentais.

Conforme dito, a incorporação da audiência de custódia ao ordenamento jurídico brasileiro se deu em 1992, mas a efetiva implementação somente veio ocorrer em 2016, por meio da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça e seus 2 (dois) Protocolos. Após as decisões do Supremo Tribunal Federal na ADI 5.240 e na ADPF 347¹⁰, as quais ratificaram a obrigatoriedade da apresentação pessoal da pessoa presa à autoridade judicial competente, o CNJ editou a Resolução nº 213/2015 com o objetivo de uniformizar e aprimorar as rotinas procedimentais das audiências de custódias que vinham sendo adotadas por alguns Tribunais de Justiça. A Resolução conta com o Protocolo I (Procedimentos para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia) e II (Procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes). O objetivo dos protocolos é conferir ao magistrado um guia específico de orientação para sua intervenção na audiência, proporcionando uma atuação objetiva no controle da legalidade da prisão e combate e prevenção da tortura.¹¹

A partir da lei 13.964/19, a nova redação do art. 310 do CPP também passou a prevê a obrigatoriedade da audiência de custódia. Até então, não se havia utilizada a expressão “audiência de custódia” no Código de Processo Penal, mas a necessidade de comunicação imediata da prisão ao juiz competente, ao Ministério Público e a família do preso já era prevista no seu art. 306.

¹⁰ Reconheceu-se o "Estado de Coisas Inconstitucional" da situação do sistema carcerário brasileiro.

¹¹ VELHO MASI, Carlo. **Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil**. Canal Ciências Criminais. Edição do Kindle. Sem paginação.

Com base na normatização acima podemos elencar, pelo menos, 2 (dois) requisitos que indicam a regularidade da audiência de custódia: o prazo e a pessoalidade. O art. 7.5 da CADH não estabelece um limite temporal objetivo para realização da audiência de custódia, permitindo que os Estados-membros assim o façam por meio da legislação interna. No Brasil, a determinação desse prazo é efetuada pela Resolução 213/2015 do CNJ e pela nova redação do art. 310 do CPP que estabelecem que a audiência de custódia deve ser realizada em até 24 (vinte e quatro) horas após a prisão. Além do prazo, a apresentação pessoal do custodiado ao juiz é um requisito fundamental para que a audiência de custódia possa cumprir com as suas finalidades. O contato pessoal e individualizado, sem demora, resguarda os direitos fundamentais do preso na medida em que possibilita ao magistrado realizar uma avaliação mais fidedigna das circunstâncias que motivaram a prisão. Assim, a extrapolção do prazo de apresentação ou a falta de apresentação pessoal impossibilitam o controle efetivo sobre a legalidade dos atos praticados, e implicam numa privação arbitrária da liberdade.¹²

Ainda sobre a apresentação pessoal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu que a apresentação imediata ao juiz “é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal”, alertando que “O simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e apresentar sua declaração ante o juiz ou autoridade competente”¹³. Assim, a pessoalidade cumpre uma função legitimadora do controle sobre a ordem de prisão, assegurando a dignidade do sujeito e a humanidade do procedimento penal, com a análise do cabimento da prisão ou da suficiência e adequação das medidas cautelares legais alternativas.¹⁴

1.2. Cabimento

A audiência de custódia é cabível em qualquer modalidade de prisão e qualquer tipo de infração penal. Com a edição da lei 13.964/19 e a nova redação do art. 310 do CPP tentou-se defender que pelo fato do dispositivo estar inserido no capítulo da prisão em flagrante o

¹² PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2 ed. – Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. p. 13.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Aosta Calderón vs Ecuador**. Sentença de 25/06/2005, § 78; No mesmo sentido: **Caso López Álvarez vs Honduras**. Sentença de 01/02/2006, § 87; **Caso Plamara Iribarne vs Chile**. Sentença de 22.11.2005; **Caso Tibi vs Ecuador**. Sentença de 07/09/2004.

¹⁴ VELHO MASI, Carlo. **Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil**. Canal Ciências Criminais. Edição do Kindle. Sem paginação.

legislador restringiu a obrigatoriedade da audiência de custódia a essa modalidade de prisão. No entanto, o direito a audiência de custódia abrange todas as espécies de prisão, inclusive a prática de atos infracionais. A Resolução 213/2015 e seus Protocolos, que ainda são aplicáveis no que não colidir com as disposições do CPP, afirma que a audiência de custódia é cabível nas hipóteses de prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva. Além disso, os tratados internacionais não restringem a audiência de custódia somente aos casos de prisão em flagrante, visto que utilizam a expressão “toda pessoa presa”, não havendo, portanto, qualquer obstáculo para prática da audiência de custódia nas três modalidades de prisão. Nessa linha, o Ministro Edson Fachin ratificou as disposições internacionais e regulatórias da audiência de custódia ao afirmar que a obrigatoriedade na sua realização independe da espécie de prisão:

(...) Não há, nesse contexto, dúvidas da imprescindibilidade da audiência de custódia, quer em razão de prisão em flagrante (como determinado expressamente no julgamento da ADPF 347), quer também nas demais modalidades de prisão por conta de previsão expressa na legislação processual penal (art. 287 do CPP). Tal implementação legislativa vem ao encontro do cerne da manifestação do Plenário na ADPF 347, que reside na sistemática e persistente implementação de garantias e direitos essenciais da população carcerária.

Essa realidade da audiência de custódia, como se vê, não se cinge à ambiência das pessoas presas em razão de flagrância, alcançando, como agora disposto no Código de Processo Penal, também os presos em decorrência de mandados de prisão temporária e preventiva.

Aliás, as **próprias normas internacionais que asseguram a realização de audiência de apresentação, a propósito, não fazem distinção a partir da modalidade prisional**, considerando o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 7.5) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 9.3). Tais normas se agasalham na cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição Federal. (...) ¹⁵ (grifos nossos)

Em abril de 2021, o Congresso Nacional consolidou o entendimento de que a audiência de custódia é uma forma de controle judicial posterior a qualquer modalidade de prisão ao derrubar o veto presidencial que recaia sobre o art. 3º-B, § 1º, do CPP. O dispositivo disciplina que o preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Além disso, solidifica a previsão convencional da apresentação pessoal do custodiado ao juiz na medida em que veda a realização da audiência de custódia por meio de videoconferência, contrariando a atual disposição do CNJ (Resolução 329 de 30 de julho de 2020). No entanto, mesmo com a derrubada do veto, não se pode esquecer que todo o art. 3º-A está com sua eficácia suspensa

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR Rcl 29.303 RJ**. Relator: Ministro Edson Fachin. Decisão: 10/12/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345242589&ext=.pdf>>. Acesso em: 14/10/2021

em virtude da decisão liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux nas ADIN's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, o que, na prática, não inviabiliza a obrigatoriedade da audiência de custódia para qualquer modalidade de prisão, mas permite a manutenção da regulamentação do CNJ quanto a realização virtual da audiência de custódia.

1.3. Finalidades

O conceito dado à audiência de custódia está inteiramente vinculado às suas finalidades/objetivos, quais sejam: (i) controlar a legalidade da prisão, a fim de prevenir arbitrariedades e excessos, (ii) controlar a necessidade da manutenção da prisão e (iii) averiguar os relatos de tortura e abusos policiais, por meio de procedimentos específicos. Indiretamente, pode-se dizer que a audiência de custódia contribui para ajustar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais e para reduzir da superpopulação carcerária.¹⁶

1.3.1. Controle de legalidade da prisão

A prisão que não cumpre as formalidades previstas em lei, deve ser relaxada com a consequente liberação imediata do custodiado sem quaisquer restrições de direitos, uma vez que não se trata de concessão de liberdade provisória. Noutro turno, a prisão será revogada quando for originalmente legal, mas os motivos que a justificam deixam de existir.¹⁷

Em regra, a atuação judicial é imediata, mas no caso de prisão em flagrante esse controle jurisdicional será diferido, ocorrendo em até 24 (vinte e quatro) horas após a prisão, na audiência de custódia. Isso ocorre porque a prisão em flagrante é uma medida restritiva de liberdade de natureza pré-cautelar, de caráter administrativo, que ocorre sem mandado judicial. Assim, pode-se dizer que a prisão em flagrante se configura com um ato complexo, pois depende de homologação pelo juiz a partir da análise dos requisitos de legalidade e de necessidade de a pessoa permanecer presa.¹⁸

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** - 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 920.

¹⁷ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 1070.

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4º Edição - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1011.

Em qualquer das hipóteses legítimas de flagrante a consequência jurídica será sempre a mesma: o recolhimento à prisão, comunicando-se imediatamente o juiz competente, o Ministério Público e a família do preso, com o encaminhamento do auto de flagrância ao juiz e a realização da audiência de custódia, tudo em até 24 (vinte e quatro) horas. Importante frisar que para conferir maior efetividade a CADH e reduzir os abusos sofrido pelo preso, o prazo de 24 (vinte e quatro) horas deve ser contado a partir do momento da prisão, e não do efetivo envio dos autos da prisão ao magistrado. Assim, por exemplo, se a pessoa foi detida às 8 (oito) horas da manhã, com a lavratura da peça flagrancial às 11 (onze) horas, o prazo para a realização da audiência de custódia será até as 8 (horas) da manhã do dia seguinte.

Antes da Resolução 213/2015 do CNJ, após a prisão, o preso não tinha contato pessoal imediato com o juiz, em muitos casos, esse primeiro encontro só aconteceria meses ou anos após a prisão. Ao avaliar a necessidade da manutenção da prisão, o magistrado seguia uma dinâmica cartorial¹⁹, na qual o controle da prisão era pautado pela simples análise documental do auto de prisão em flagrante e da folha antecedentes criminais, cenário este que inviabilizava o contraditório efetivo e negligenciava as garantias convencionais que buscam fortalecer um processo de humanização da prisão. Além do mais, a simples leitura do auto de prisão em flagrante, sem o contato pessoal com o preso, proporcionava que o magistrado idealize o seu perfil e comportamento, pré-concebendo as circunstâncias da prisão.

A permissão constitucional de se prender alguém sem ordem judicial é compatível com o princípio da presunção de não-culpabilidade, desde que haja motivos que justifiquem a restrição de liberdade e esta venha a ocorrer pelo tempo estritamente necessário para que o acusado seja levado à presença da autoridade judiciária. Assim, a prisão em flagrante é uma medida essencialmente situacional e não se prolonga no tempo, devendo o custodiado ser apresentado à autoridade judicial em um curto período de tempo.²⁰ Reconhecendo a importância dessa apresentação “sem demora” do custodiado ao juiz, o legislador inseriu no §4º do art. 310 do CPP que a ilegalidade da prisão caso a audiência de custódia ocorra de maneira intempestiva. Nesse ponto, a legislação evoluiu ao estabelecer um prazo-sanção diante a inércia do Estado, reforçando a necessidade de se observar os direitos individuais do custodiado. Ressalta-se que

¹⁹ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro** - 3ª edição. Edição Kindle. Sem Paginação.

²⁰ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional** - v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 63

mesmo antes da inovação trazida pela lei 13.964/19, o CNJ já direciona o entendimento do Judiciário brasileiro quanto a obrigatoriedade de relaxar a prisão nessa situação, inclusive presumindo que a não realização da audiência de custódia ou o excesso de prazo na apresentação configuram possíveis indícios de tortura.

Apesar da alteração do CPP, o art. 310, § 4º está com a eficácia suspensa em virtude da Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300, proferida pelo Ministro Luiz Fux. Apesar da suspensão, em decisão recente, o Ministro Celso de Mello reforçou a previsão processual penal quanto ao prazo de realização da audiência de custódia, sendo que sua não realização é medida excepcional que requer motivação idônea, sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal:

Toda pessoa que sofra prisão em flagrante – qualquer que tenha sido a motivação ou a natureza do ato criminoso, mesmo que se trate de delito hediondo – deve ser obrigatoriamente conduzida, “sem demora”, à presença da autoridade judiciária competente, para que esta, ouvindo o custodiado “sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão” e examinando, ainda, os aspectos de legalidade formal e material do auto de prisão em flagrante (...)

“esta Corte, em diversos precedentes sobre questão idêntica à ora em exame, reconheceu a ocorrência de desrespeito à decisão proferida na ADPF 347-MC/DF, cujo julgamento, impregnado de eficácia vinculante, proclamou a obrigação da autoridade judiciária competente de promover audiência de custódia, tendo em vista o fato – juridicamente relevante – de que a realização desse ato constitui direito subjetivo da pessoa a quem se impôs prisão cautelar.”

“a essencialidade da audiência de custódia, considerados os fins a que se destina, que a ausência de sua realização provoca, entre outros efeitos, a ilegalidade da própria prisão em flagrante, com o consequente relaxamento da privação cautelar da liberdade da pessoa sob poder do Estado.”²¹

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, concedeu Habeas Corpus em virtude de a audiência de custódia ter sido realizada após 7 dias da prisão:

Cuidam os autos de pedido de Habeas Corpus, via pelo qual, aponta o impetrante, que o ora paciente, se encontra na presença de constrangimento ilegal, que exsurge do seu encarceramento, mantido, após a Audiência de Custódia, realizada fora do prazo legal. Expondo as suas razões.

(...)

No entanto, verifica-se que a prisão em flagrante do paciente foi efetivada aos 30/08/2019, e a realização da audiência de custódia aos 06/09/2019, após 07 (sete) dias, violando o artigo 1º da Resolução 213/2015 do CNJ, e em conformidade com decisão do nobre STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, dispondo: “que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MC HC 186.421/SC**. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão de: 17/07/20. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-24/limite-penal-paradigmatica-decisao-celso-mello-hc-186421>>. Acesso em: 08/10/20.

motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão”. (grifos nossos).

(...)

À UNANIMIDADE, FOI CONCEDIDA A ORDEM, PARA RELAXAR A PRISÃO PELO EXCESSO DE PRAZO PARA A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, COM A EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA, SE POR AL NÃO ESTIVER PRESO.²²

Em certo grau, as decisões acima evidenciam a resistência de parcela dos magistrados em aplicar, na íntegra, as regras convencionais e processuais da audiência de custódia. Esse cenário pode ser ilustrado em uma pesquisa²³ na qual os magistrados deviam responder se concordavam ou discordam da seguinte afirmativa: “a audiência de custódia é um importante mecanismo de garantia processual do acusado e deve ser aperfeiçoada”. A pesquisa demonstrou que quanto mais baixa é a instância de julgamento, menor é a adesão ao instituo, ou seja, 49,8% dos magistrados de 1º grau discordavam da afirmação, em contraposição a 19,1% dos magistrados de 2º grau e 11,8% dos magistrados dos Tribunais superiores. Considerando que a maioria das ações são de 1ª instância o resultado da pesquisa ilustra que as violações de direitos e individuais podem ser prologar durante a persecução até uma possível revisão pelas instâncias mais sensíveis a operacionalização do direito à audiência de custódia.

As medidas cautelares visam garantir o resultado útil do processo a partir da restrição de direitos individuais do imputado por meio de uma decisão judicial escrita e fundamentada da autoridade competente e, desde que sejam requeridas pelas partes²⁴. A impossibilidade de decretação *ex officio* das medidas cautelares é uma inovação trazida pela lei 13.964/19 que impõem a necessidade de requerimento do Ministério Público (na fase de inquérito ou processual), de representação do Delegado (na fase de inquérito) ou da solicitação do assistente de acusação (na fase processual). Além disso, o magistrado deve oportunizar a prévia manifestação do advogado do imputado a fim de que a medida seja adequada e individualiza as condições do imputado. Excepcionalmente, o juiz poderá deixar de efetivar o contraditório prévio nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, desde fundamente com

²² TJ/RJ. **Processo nº 0057258-02.2019.8.19.0000**. Relatora: Rosita Maria de Oliveira Netto. Julgamento 03/12/19. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/tj-rj-manda-soltar-presos-teve-audiencia.pdf>>. Acesso em: 08/10/20.

²³ MARTINES, Fernandes. **Desembargadores e ministros gostam mais da audiência de custódia que juízes**. Revista Consulto Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-12/desembargadores-ministros-gostam-audiencia-custodia-juizes>>. Acesso em: 08/10/2020.

²⁴ SAIBRO, Henrique. **A principiologia cautelar no processo penal**. Canal Ciências Criminais. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/215911400/a-principiologia-cautelar-no-processo-penal>>. Acesso em: 14/01/2021.

elementos do caso concreto.²⁵ Assim, em condições normais, a inobservância da prévia manifestação da defesa do imputado deve acarretar a nulidade da decretação, substituição ou cumulação da medida cautelar e, quando for o caso, liberação do acusado.

Ao analisar o requerimento da medida cautelar, o magistrado deve efetuar um juízo prospectivo de necessidade da manutenção da prisão ou da sua substituição por medidas alternativas, a partir do binômio necessidade/adequação. A medida cautelar será necessária quando for o meio menos oneroso diante da possibilidade de prisão cautelar. Essa necessidade pode ser analisada com vista (a) a garantia da lei penal, quando houver considerável probabilidade do investigado/acusado tentar se evadir do cumprimento da pena caso venha a ser condenado; (b) a garantia da investigação criminal, quando o indivíduo criar embaraços para obtenção de provas, como por exemplo, ameaçar testemunhas, e, (c) a evitar a prática de infrações penais, quando os antecedentes do agente e as circunstâncias da conduta permitam concluir que o agente tem potencial de reincidência.²⁶ Paralelamente, o magistrado deve analisar se a medida é adequada à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do réu. A adequação da medida é o equilíbrio entre o meio empregado e o fim que se busca, uma vez que o meio que se utiliza não pode ser mais gravoso do que o fim que se quer alcançar. Assim, se o resultado final do processo for aplicação de uma pena privativa de liberdade que será substituída por pena restritiva de direitos não é adequada a prisão cautelar no curso do processo, pois a restrição imposta ao indivíduo no curso do processo seria superior a eventual restrição que será suportada por seja condenado.²⁷

Qualquer medida cautelar é dotada de provisoriedade, ou seja, é imprescindível que seja reavaliada periodicamente, pois caso a relação situacional que justificou a sua decretação deixe de existir, a medida também deve desaparecer ou adequar-se. Como a lei não delimita o prazo máximo de duração das medidas cautelares, exceto para prisão temporária, a audiência de custódia é um procedimento hábil para controlar as restrições impostas, uma vez que permite o juiz analisar se as circunstâncias que legitimaram a medida cautelar ainda se fazem presentes e atuais. Caso ainda seja necessário a tutela do processo, o magistrado deve garantir uma aplicação escalonada/gradativa das medidas cautelares optando pela medida menos gravosa ao

²⁵ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 917.

²⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 558-559.

²⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 1343-1345.

caso concreto. Diante dessa provisoriedade, a decisão que decretar uma medida cautelar não está sujeita a preclusão, em virtude da cláusula *rebus sic stantibus* que determina que, a requerimento das partes, a medida imposta poderá ser revogada, substituída, alterada ou cumulada com outra, se os fatos que justificaram sua decretação deixarem de ser contemporâneos e concretos a data da decisão. Desse modo, as medidas cautelares podem ser revogadas ou substituídas, a qualquer momento, desde que os motivos que as legitimaram desapareçam, bem como, serem novamente decretadas caso surja a necessidade.

1.3.2. Prevenção e combate a torturas e aos maus tratos

A Constituição da República de 1988 em seu artigo 5º, incisos III e XLIX, determina que o Estado deve garantir a dignidade humana, proibindo a prática de tortura e qualquer tratamento desumano contra o custodiado. Em sintonia, o art. 5.2 da CADH prevê que “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.” Além da violência física, a definição de tortura inclui a violência psicológica, como se observa na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura em seu art. 2º:

“Artigo 2: Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. (...)”

O art. 1º, I, a e II da lei n. 9.455/97 ao mesmo tempo que conceitua a prática da tortura, também a tipifica:

“Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; (...)

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.”

A violência permanece enraizada nas forças policiais, sendo um resquício de um passado autoritário. Nesse campo, o momento da abordagem policial é o mais delicado, pois concentra a maioria dos relatos de violência. As motivações são as mais diversas possíveis, como por exemplo: obter informações/confissões; imputar a prática de algum crime não cometido; punir o preso por ele mentir e até praticar discriminação racial ou de gênero.²⁸ É nesse momento sem vigilância judicial que o custodiado está ainda mais vulnerável à violência por parte dos policiais.

Segundo o Protocolo II da Resolução 213 do CNJ, iniciada a audiência de custódia o juiz deve questionar o custodiado sobre o tratamento recebido desde a prisão, incluindo os locais pelos quais passou, até a sua apresentação na audiência, indagando sobre ocorrência de qualquer forma de violência. Por exemplo, o juiz indagará sobre quais condições o interrogatório aconteceu (a duração, horário do dia/noite, presença ou não do advogado) buscando perceber, pelas respostas do custodiado, se o ato foi espontâneo e livre de pressões ou qualquer espécie de tortura²⁹.

O Protocolo II indica algumas condutas que podem ser consideradas como indícios de que a tortura tenha ocorrido, como por exemplo, quando a pessoa for mantida incomunicável, quando não tiver passado por exame médico imediato após a detenção ou quando o exame constatar agressão ou lesão. A ocorrência de qualquer uma dessas situações já é suficiente para configurar a ilicitude da prova e resultar no dever de relaxar a prisão, haja vista que a informação foi obtida de maneira ilegal.³⁰ Nessa linha, o desembargador Paulo Baldez, sustenta que:

(...) as lesões ostentadas pelo paciente por ocasião de sua apresentação à audiência de custódia indicam a possibilidade de inobservância dos seus direitos fundamentais e humanos no momento da prisão-condução, fazendo surgir, no mínimo, dúvida quanto

²⁸ Conectas Direitos Humanos. **Tortura blindada: Como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia.** Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5319883/mod_resource/content/1/Texto%2020Tortura_Blinda da.pdf>. Acesso em: 18/01/2021. p. 48.

²⁹ Há quem entenda que agressões, por si só, não tem o condão de tornar falsa as declarações. Superior Tribunal de Justiça, **AgRg no HC/RJ 483.901**, Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em: 09/06/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859090956/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-483901-rj-2018-0333168-0/inteiro-teor-859091064/amp>>. Acesso em: 10/10/2020

³⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015**. Opt. cit. Protocolo II. Item 5, V, comentário.

à legalidade da prisão, que deve, portanto, ser relaxada, inclusive em homenagem ao princípio da presunção de inocência.³¹

O Item 6 do Protocolo II da Resolução 213 de 2015 do CNJ elenca as providências que o juiz deve adotar caso seja apurado indícios de tortura:

- I. Registrar o depoimento detalhado da pessoa custodiada em relação às práticas de tortura
- (...)
- III. Realizar registro fotográfico e/ou audiovisual sempre que a pessoa custodiada apresentar relatos ou sinais de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, considerando se tratar de prova, muitas vezes, irrepetível;
- IV. Aplicar, de ofício, medidas protetivas para a garantia da segurança e integridade da pessoa custodiada, de seus familiares e de eventuais testemunhas, entre elas a transferência imediata da custódia, com substituição de sua responsabilidade para outro órgão ou para outros agentes; a imposição de liberdade provisória, independente da existência dos requisitos que autorizem a conversão em prisão preventiva, sempre que não for possível garantir a segurança e a integridade da pessoa custodiada; e outras medidas necessárias à garantia da segurança e integridade da pessoa custodiada.
- V. Determinar a realização de exame corpo de delito:
 - (i) quando não houver sido realizado;
 - (ii) quando os registros se mostrarem insuficientes,
 - (iii) quando a possível prática de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes tiver sido realizada em momento posterior à realização do exame realizado;
 - (iv) quando o exame tiver sido realizado na presença de agente de segurança.
- (...)
- X. Recomendar ao MP a inclusão da pessoa em programas de proteção a vítimas ou testemunha, bem como familiares ou testemunhas, quando aplicável o encaminhamento.

Na missão de combater prevenir e combater a tortura a primeira obrigação é investigar. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos elucida que a investigação de atos de tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes é dever do Estado. Nessa linha, o art. 11 da Resolução 213 de 2015 do CNJ prevê que quando preso declarar que foi vítima de tortura as informações devem ser registradas no SISTAC, adotando-se as medidas cabíveis para investigar o relato e preservar a segurança física e psicológica da vítima, inclusive, com o encaminhamento à atendimento médico e psicossocial. Como o ônus de apresentar uma explicação sobre os elementos trazidos pelo preso recai sobre o Estado, não se deve rejeitar a denúncia de tortura devido à ausência de testemunhas, laudo pericial ou pela gravidade do crime imputado ao preso torturado.³² Assim, da mesma forma que são inadmissíveis as provas obtidas

³¹ TJ/RJ. HC no processo nº 0055630-75.2019.8.19.0000. Relator: Paulo Baldez. Julgado em: 05/09/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/uso-abusivo-almegas-tj-rj-relaxa1.pdf>>. Acesso: 30/10/2020.

³² Michele de Menezes Leite. **Importância da audiência de custódia na obrigação do estado de investigar os relatos de tortura por agentes policiais nas prisões em flagrante**. Cadernos estratégicos – análise estratégica dos julgados da corte interamericana de direitos humanos. p. 250-253. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39115.pdf>>. Acesso em: 18/01/2021.

por meios ilícitos, não podem ser sancionadas e ratificadas as prisões com o emprego injustificada de violência, pois a título de combater a ilegalidade, o Estado não pode ultrapassar a barreira da legalidade.³³

Não menos importante é o momento pós-relato de violência policial. Terminada a audiência de custódia sem a concessão imediata da liberdade, o preso é conduzido ao estabelecimento carcerário, muitas das vezes, pela própria Polícia, ou seja, pela mesma instituição que figura como primeira colocada nos relatos de tortura. Sobre esse tema, já se manifestou o Comitê de Direitos Humanos da ONU, no sentido de que a conversão do flagrante em preventiva “não deve implicar uma volta à detenção policial, mas sim a detenção numa instalação separada, sob uma autoridade diferente, porque a continuação da detenção policial cria um risco demasiado grande de maus tratos”.³⁴

A prevenção e o combate à tortura e aos maus tratos são atividades concorrente de todos os atores do sistema de justiça criminal que estão presentes a audiência de custódia. Se por algum motivo o magistrado se omitir na investigação dos relatos, o Ministério Público e a Defesa devem se manifestar imediatamente, sob pena de grave violação das garantias consagradas nos tratados internacionais de direitos humanos.

Garantir a apresentação pessoal do custodiado já pode ter efeito na diminuição das agressões, entretanto, é necessário que o sistema funcione de maneira coesão e padronizada, afim de que os policiais tenham a convicção de haverá uma investigação séria e imparcial e, caso se apure a violência, de que serão responsabilizados nos limites da lei. Os agentes de segurança pública que agem dentro da legalidade nada devem temer, pelo contrário, caso a custodiado esteja mentindo, a investigação demonstrará que a condução/prisão não possui vício e, consequentemente, a atividade estatal será legal.³⁵

³³ LEITE, Michele de Menezes. **Importância da audiência de custódia na obrigação do estado de investigar os relatos de tortura por agentes policiais nas prisões em flagrante**. Cadernos estratégicos – análise estratégica dos julgados da corte interamericana de direitos humanos. p. 254. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39115.pdf>>. Acesso em: 18/01/2021.

³⁴ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro** - 3ª edição. Edição Kindle. Sem paginação.

³⁵ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro** - 3ª edição. Edição Kindle. Sem paginação.

Por fim, não se pode esperar que o instituto da audiência de custódia, por si só, seja capaz de eliminar a violência policial. No entanto, garantindo-se a apresentação pessoal e imediata do custodiado ao juiz, a audiência de custódia pode eliminar, pelo menos, a violência praticada naqueles momentos em que não há vigilância judicial, na medida em que os responsáveis pela detenção/condução terão prévia ciência de que qualquer relato de tortura ou maus tratos será levado conhecimento autoridade judicial, da Defesa e do Ministério Público, em até 24 (vinte e quatro) horas.

A apresentação da pessoa presa ao juiz, ao defensor e ao promotor permite uma intervenção mais qualificada do sistema de justiça na tutela dos direitos fundamentais contra as evidências de violência policial e tratamentos cruéis e degradantes³⁶. A realização da audiência de custódia, sem demora, permite que o Brasil cumpra o compromisso de internacional de tomar medidas legislativas, administrativas e judiciais, a fim de impedir a prática da tortura³⁷.

1.4. Procedimento

O art. 8º da Resolução prevê como o magistrado deve proceder para o regular desenvolvimento da realização da audiência de custódia.

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

- I – esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial;
- II – assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;
- IV – questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares;
- V – indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;
- VI – perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;
- VII – verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que:
 - a) não tiver sido realizado;

³⁶ BALLESTEROS, Paula R. **Audiências de custódia e prevenção à tortura: análise das práticas institucionais e recomendações de aprimoramento**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/audienciasdecustodiaeprevencaoatorturaanalisedaspraticasinstitucionaiserecomendacoesdeaprimoramento1correto.pdf>>. Acesso em: 17/01/2021. p. 6.

³⁷ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro** - 3ª edição. Edição Kindle. Sem paginação.

- b) os registros se mostrarem insuficientes;
- c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;
- d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito;
- VIII – abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;
- IX – adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades;
- X – averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.

(...)

§ 3º A ata da audiência conterà, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos.

(...)

Antes da audiência propriamente dita, o custodiado tem direito de ser atendido pelo seu advogado ou defensor público, em local reservado. A privacidade é essencial ao direito de defesa, porque possibilita que o custodiado relate o fato, em detalhes, sem medo de represálias, fornecendo substratos para a elaboração de uma defesa de qualidade.

A audiência ocorrerá como a presença do juiz (agora, juiz das garantias), do Ministério Público, o acusado e seu advogado ou defensor público, caso não haja advogado constituído, sendo vedada a presença dos policiais responsáveis pelo flagrante ou pela investigação. Aberta a audiência, o juiz deve explicar as finalidades do ato (controle da legalidade, análise da manutenção da prisão e verificação de indícios de tortura), o procedimento e quais medidas podem ser tomadas. Logo em sequência, a título de qualificação, o juiz perguntará o nome e dados pessoais do custodiado. Posteriormente, o juiz indagará sobre os fatos e em quais circunstâncias se deu a prisão, sendo garantido ao custodiado o direito ao silêncio. As perguntas não poderão conter um viés de produção de provas e, o que for falado na audiência não será utilizando contra o preso.

Apesar de não contar com dilatação probatória, a audiência de custódia é medida apta a aprimorar o contraditório prévio (art. 282, §3º, do CPP³⁸), ou seja, o direito de o acusado ser

³⁸ Código de Processo Penal: “Art. 282. (...). § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias,

ouvido pelo Juiz, de poder dar as suas razões, de exercer o seu direito de defesa e de influenciar na decisão do magistrado. Esse contraditório contribui para que o magistrado tenha um entendimento dos fatos e das circunstâncias que motivaram a prisão, como por exemplo, se a prisão foi realizada para obrigar o preso a confessar ou se o delito está amparado por uma excludente de ilicitude.³⁹ Nesse breve contraditório, o magistrado terá melhores elementos para decidir, fundamentadamente, sobre: a concessão de liberdade provisória, sem ou com fiança (fundamental conhecer a situação econômica do acusado, para que o valor arbitrado de fiança não seja um obstáculo a liberação); a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão ou, sendo elas insuficientes e inadequadas, pela excepcional decretação da prisão preventiva. Ademais, o magistrado também poderá analisar a necessidade de eventuais encaminhamentos de natureza assistencial ao custodiado, bem como uma possível mediação penal, a fim de evitar a judicialização do conflito, corroborando para a instituição de práticas restaurativas.⁴⁰

Além de uniformar o modo de atuação dos magistrados, a Resolução determinou a criação do Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC), que é um sistema eletrônico nacional dos dados produzidos na audiência de custódia. Esse sistema centralizado possibilita, por exemplo, registrar o número de audiências realizadas e as denúncias de torturas e maus tratos que ocorrem em todo o Brasil. A criação banco de dados permite uma análise gerencial da audiência de custódia no que tange aos impactos gerados após sua implementação e, mais importante, verificar se a audiência está cumprida com as suas finalidades.

De modo geral, pode-se dizer que a Resolução trouxe caracteres técnicos-operacionais a normativa internacional, detalhando com maior especificidade o papel do juiz na condução da audiência de custódia, na dinâmica da decretação de medidas cautelares e nos mecanismos de apuração de violência policial. Assim, por meio da Resolução, a realização audiência da custódia tornou-se mais homogênea no Brasil, dando efetividade a previsão internacional, além de maximizar a qualidade da prisão e da decisão judicial, uma vez que o encontro pessoal entre

permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

³⁹ DIAS, Marina; LEONARDO, Hugo. **Preso e Juiz Cara a Cara**. Folha de São Paulo, São Paulo, 20 jan. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/01/1577397-marina-dias-e-hugo-leonardo-presos-e-juizes-cara-a-cara.shtml>>. Acesso em: 16/01/2021.

⁴⁰ VELHO MASI, Carlo. **Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil**. Canal Ciências Criminais. Edição do Kindle. Sem paginação.

o preso e o julgador poderá ilustrar com mais clareza a realidade fática na qual a prisão ocorreu.⁴¹

1.5. Resultados

1.5.1. Relaxamento da prisão

A análise da necessidade de relaxamento da prisão é o ponto de partida após as respostas do custodiado aos questionamentos do juiz. O tratamento prioritário a esse quesito justifica-se porque as situações que ensejam tal medida são, em regra, violadoras dos direitos fundamentais, sendo, portanto, necessária sua análise de plano, inclusive independentemente de requerimento da Defesa ou Acusação. Além disso, o relaxamento puro e simples é a medida mais “benéfica”⁴² ao preso nesse momento da persecução penal.

Como as hipóteses de ilegalidade são infinitas e dependem da análise do caso concreto, serão analisadas algumas situações que podem ensejar o relaxamento da prisão. Uma primeira possibilidade diz respeito às duas espécies de flagrante manifestamente ilegais, quais sejam, o flagrante preparado e o forjado. Naquele, o agente é induzido a praticar um crime e é preso pelo indutor, neste, criam-se provas de um crime inexistente com o intuito efetuar a prisão de alguém. O STF entende que ambos configuram crime impossível e, portanto, caso a prisão ocorra nesses moldes deve ser imediatamente relaxada.⁴³

Defeitos no auto de flagrância também implicam na ilegalidade da prisão. Por exemplo, o auto deve informar se o custodiado tem filhos, suas respectivas idades e se possuem algum tipo de deficiência, pois, caso o juiz das garantias converta a prisão em flagrante em preventiva, a Defesa poderá pleitear a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Sabe-se ainda que após a lavratura do termo flagrancial, a autoridade policial deve, imediatamente, comunicar o juiz, o Ministério Público e os familiares do preso, como encaminhamento o auto ao juiz dentro de 24 (vinte e quatro) horas, além da entrega da nota de culpa ao preso. A inobservância desses procedimentos implica a ilegalidade na prisão.

⁴¹ MORAES DA ROSA, Alexandre. **O que você precisa saber sobre Audiência de Custódia**. Empório do Direito. Jurídico. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia-por-alexandre-morais-da-rosa/#_ftnref1>. Acesso em: 15/01/2021.

⁴² Utiliza-se a expressão benéfica entre aspas, porque o relaxamento só ocorrer após a violação de direitos.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145**: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Outra situação que deveria (não há previsão nesse sentido) induzir o relaxamento é a inércia do delegado em arbitrar fiança liberatória nos casos de infração com pena máxima em abstrato menor ou igual a 4 anos.⁴⁴ O legislador ao permitir que o delegado fixe fiança independentemente da infração (dolosa ou culposa) ou do regime de cumprimento da pena (fechado, semiaberto ou aberto) corporifica o ditame constitucional de que a prisão é a exceção no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, de que ninguém deve ser mantido preso caso seja possível a liberdade provisória com ou sem fiança. Apesar do Código de Processo Penal autorizar que o juiz, posteriormente, arbitre a fiança em até 48 h (agora interpretada como 24h, haja vista a obrigatoriedade da audiência de custódia), o arbitramento, quando possível, é um dever-poder do delegado e um direito do custodiado. Vislumbra-se ainda que, a depender do caso concreto, o dolo por parte do delegado, poderá configurar crime de abuso de autoridade.⁴⁵

Outro fato que viola os direitos do custodiado e enseja o relaxamento da prisão é o uso indevido e arbitrário de algemas. O Supremo Tribunal Federal⁴⁶ somente admite sua utilização quando houver perigo à integridade física do próprio custodiado ou de terceiros, em casos de resistência ou fundado risco de fuga. Mesmo assim, qualquer hipótese deve ser justificada por escrito observando-se a proporcionalidade entre a gravidade do delito e o sujeito ativo, sob pena de responsabilidade do agente e do Estado. Assim, é inteiramente injustificável, por exemplo, o uso de algemas nas infrações cometidas sem violência ou grave ameaça ou naquelas praticadas por uma pessoa com deficiência motora que não apresenta qualquer risco de fuga.

Ainda sobre o uso de algemas, situação mais esdrúxula acontece com a manutenção delas nas salas de audiência de custódia. As justificativas para manutenção das algemas são genéricas, enfatizando a segurança dos presentes ou devido ao local de realização da audiência (algumas acontecem em centrais de custódia dentro dos presídios). Ora, sendo as instalações que abrigam as audiências geridas e vigiadas pelo Estado, a justificativa da

⁴⁴ Código de Processo Penal: “Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.”.

⁴⁵ LIMA, Daniel. **O delegado pode arbitrar fiança?** Canal Ciências Criminais. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/delegado-arbitrar-fianca/>>. Acesso em: 09/10/20.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 11**: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

segurança não parecer ser um fundamento idôneo legitimar a utilização de algemas⁴⁷. Ressalta-se que não se está defendendo a ausência irrestrita de algemas, mas sim, questionando-se a justificativa apresentada para a utilização.

Mais uma situação possível de relaxamento da prisão se dá quando o juiz verifica a ocorrência de um fato atípico ou uma causa extintiva da punibilidade. O conceito analítico de crime preconiza a presença de todos os elementos para caracterização da infração penal, quais sejam: fato típico, ilicitude e culpabilidade. De plano, a ausência de qualquer desses elementos desconfigura o crime e implica na ausência de justa causa para a ação penal. Além disso, o art. 61, do CPP, determina que o juiz deve decretar a extinção da punibilidade *ex officio*, não sendo necessário, portanto, aguardar a realização da audiência de custódia. Relaxar a prisão diante dessas duas hipóteses privilegia uma interpretação sistêmica e razoável do procedimento comum, uma vez que ambas são hipóteses de absolvição sumária. Apesar desse raciocínio, a 1ª Turma do STF entendeu que a decisão que relaxa a prisão com fundamento na atipicidade do fato não faz coisa julgada, ou seja, não vincula o Ministério Público, sendo que este poderá oferecer a denúncia narrando os mesmos fatos e o juiz poderá recebê-la. Nessa ótica, a audiência de custódia seria um juízo preliminar limitado a regularidade da prisão e que não tem o condão de constituir coisa julgada.⁴⁸

Por fim, sendo a decisão favorável ao relaxamento da prisão, o custodiado deverá ser posto em liberdade plena imediatamente, encerrando-se a audiência caso não haja encaminhamentos pendentes a serem feitos. Apesar desse mandamento, observa-se que mesmo após a constatação da prisão ilegal, alguns magistrados decretam a prisão preventiva alegando estarem presentes os seus requisitos legais, ou seja, convalidam a prisão ilegal que por eles mesmos foi constatada. Esse ideal autoritário e contrário à lei ainda não percebeu que:

"ao relaxar a prisão em flagrante, não é cabível a discussão sobre eventual cabimento ou não de medida cautelar. Cabe tão somente a restituição do status de liberdade ao indivíduo que teve suas garantias constitucionais violadas e judicialmente reconhecidas".⁴⁹

⁴⁷ TJ/RJ. **HC no Processo nº 0055630-75.2019.8.19.0000**. Relator: Paulo Baldez. Julgado em: 05/09/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/uso-abusivo-algemas-tj-rj-relaxa1.pdf>>. Acesso em: 23/10/20.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 157.306/SP**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 25/09/18. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo917.htm>>. Acesso em: 23/10/2020.

⁴⁹ TJ/RJ. **Processo nº 0065834-18.2018.8.19.0000**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-causa-nao-decretar-preventiva.pdf>>. Acesso em: 11/10/2020.

Agora, caso ausente qualquer ilegalidade na prisão, o juiz homologará o flagrante e analisará a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, cumulada ou não com alguma medida cautelar diversa da prisão.

1.5.2. Liberdade provisória com ou sem fiança

A liberdade plena é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser tratada como um direito e não apenas como um benefício do custodio, sendo que, em alguns casos, ela poderá ser restringida, mas não privada por completo. Diz-se então que a liberdade é definitiva até a superveniência de decisão judicial apta a cerceá-la por tempo e modo determinados. Por outro lado, a prisão é a exceção, sendo considerada uma medida excepcional e temporária, que somente pode ser imposta em último caso desde que seja comprava a sua real necessidade.⁵⁰

Sendo a prisão legal e ausentes os requisitos que justificam a prisão preventiva, o juiz concederá a liberdade provisória. Essa liberdade provisória poderá ser: vinculada sem fiança (art. 310, §1º do CPP); sem fiança em caso de miserabilidade jurídica (art. 350 do CPP); mediante fiança (arts. 322, 323 e 324, do CPP); com ou sem medida cautelar (art. 321 do CPP). Assim, a liberdade provisória é um instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar o desenrolar do processo em liberdade até o trânsito em julgado, vinculado ou não as determinadas condições.⁵¹

O art. 310, §1º do CPP dita que o juiz poderá conceder liberdade provisória, sem a prestação de fiança, desde que a conduta praticada pelo custodiado esteja amparada por uma das causas exclusão da ilicitude (art. 23, do Código Penal), independentemente da natureza da infração (afiançável ou não). Essa liberdade provisória é chamada de vinculada porque o custodiado ficará vinculado ao processo, devendo comparecer a todos os atos, sob pena de revogação da liberdade provisória. Essa vinculação se justifica porque a comprovação da exclusão da ilicitude ocorrerá no curso do processo (contraditório e ampla defesa), porém, desde já, o réu deve permanecer solto. A despeito do referido artigo utilizar a expressão “poderá”, a concessão da liberdade provisória não é uma faculdade, mas sim, um dever do juiz quando estiverem ausentes os requisitos da prisão preventiva. Dessa forma, o custodiado tem o direito

⁵⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 1036-1037.

⁵¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 353.

subjetivo processual de aguardar o julgamento em liberdade, visto que não há motivos para que permaneça preso, pois agiu dentro da legalidade amparado por uma excludente de ilicitude.⁵²

Como já falado, a liberdade provisória independe da natureza da infração (afiançável ou não). Apesar disso, o novo art. 310, § 2º do CPP veda a concessão de liberdade provisória ao reincidente, ao integrante de organização criminosa armada ou milícia e àqueles acusados de porte de arma de fogo de uso restrito. Tal previsão é inconstitucional e já foi ultrapassada pela jurisprudência, inclusive, em sede de repercussão geral quando o STF⁵³ declarou a inconstitucionalidade do art. 44 da lei 11.343/06 quando fixou a tese de que a gravidade genérica do crime não pode impedir a concessão de liberdade provisória ou a substituição da prisão por medida cautelar diversa.

A concessão da liberdade também pode se dar com a prestação de fiança (contracautela). A fiança é uma espécie de caução real que consiste na entrega de valores (dinheiro, joias, pedras preciosas, bens imóveis) com a finalidade de garantir o cumprimento das obrigações processuais (pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, caso o custodiado seja condenado), possibilitando que o custodiado se defenda da acusação em liberdade.⁵⁴ O arbitramento da fiança será feito pelo delegado nos crimes com pena privativa de liberdade máxima, em abstrato, igual ou inferior a 4 anos. No caso de inércia do delegado, em crimes com pena superior a 4 anos ou naqueles previstos na lei 11.340/06 (“Maria da Penha”), o arbitramento caberá ao juiz.

1.5.3. Medidas cautelares diversas da prisão

Não sendo cabível a liberdade plena ou provisória sem medida cautelar, deverá ser concedida a liberdade provisória com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Os arts. 319 e art. 320 do CPP trazem um rol taxativo de medidas cautelares da prisão, haja vista que são condutas direcionadas à restrição de direitos individuais. Não se pode esquecer que a forma no direito processual penal possui dupla função simultânea: limitar o poder punitivo do

⁵² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 1308-1312.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.038.925-SP. Repercussão Geral: Tema 959**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão: 19/09/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312754415&ext=.pdf>>. Acesso em: 21/01/2021.

⁵⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 356.

Estado e garantir os direitos aos administrados. Nesse sentido, é incompatível com a dinâmica do Estado Democrático de Direito, a utilização de medidas cautelares atípicas⁵⁵.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
 - II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
 - III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
 - IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
 - V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
 - VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
 - VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
 - VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
 - IX - monitoração eletrônica.
- § 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

De acordo com as peculiaridades do caso concreto, o juiz poderá aplicar as medidas diversas da prisão de forma isolada ou cumulativamente, não havendo limite legal em relação à quantidade de restrições que possam ser impostas simultaneamente, desde que haja compatibilidade lógica entre elas.

A monitoração eletrônica é uma medida que sujeita o réu à fiscalização por meio de um dispositivo eletrônico (tornozeleira), de modo a permitir sua imediata localização. Sob o prisma da proporcionalidade (gradação), é a medida mais gravosa dentre as medidas cautelares diversas da prisão, somente devendo ser aplicada em casos excepcionais⁵⁶ como alternativa a prisão provisória e não de forma cumulativa com demais medidas. Além disso, antes de aplicá-la se faz necessário analisar as características do indivíduo em paralelo com os impactos sociais da

⁵⁵ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 909-912.

⁵⁶ Crime doloso como pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; Reincidência em crime doloso ou Violência doméstica.

medida nas suas relações. Por fim, estará condicionada a um limite temporal específico, sendo vedada a aplicação por períodos indeterminados ou muito longo.⁵⁷

O art. 282, § 4º, do CPP⁵⁸ ilustra a fungibilidade das medidas cautelares diante inexecução das obrigações assumidas pelo custodiado. Frente ao descumprimento da medida aplicada, a acusação poderá requer ao magistrado: (a) a substituição de uma medida por outra, (b) a imposição de outra medida além daquela já imposta e, em último caso, (c) decretação da prisão preventiva. A substituição de uma medida por outra não significa dizer que, necessariamente, a nova medida tenha que ser mais grave que a já imposta, pois, a medida pode não ter sido cumprida por circunstâncias alheias a vontade do acusado. Caso seja assim, o juiz deve aplicar-lhe outra medida compatível com sua situação e condição. Na cumulação de medidas cautelares, o magistrado irá decretar mais uma medida que seja suficiente para assegurar o curso do processo. Caso a substituição e a cumulação não sejam suficientes, o juiz poderá decretar prisão preventiva substitutiva como um mecanismo de impor um ônus mais gravoso ao acusado em decorrência do seu comportamento desidioso, independentemente dos requisitos do art. 313. Assim, a prisão preventiva somente será cabível quando inadequadas ou descumpridas as demais medidas cautelares diversa da prisão.⁶⁰

Se a lei não admitisse a prisão preventiva substitutiva de medida cautelar, essa seria inócua, pois caso não fosse dotada de força coercitiva o réu não sofreria nenhuma consequência pelo seu descumprimento. Assim, a criação de um modelo de medidas cautelares diversas da prisão deve ser acompanhado de um mecanismo de controle sobre os inadimplentes. Nesse sentido, a Resolução 213 do CNJ prevê que acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão cabe ao Poder Executivo Estadual por meio das Centrais Integradas de Alternativas Penais que contarão com equipes multidisciplinares afim de garantir a observação e execução das medidas cautelar. Sem a fiscalização, não se poderá garantir que a medida cautelar diversa da prisão está sendo eficiente para neutralizar as situações de perigo indicadas no art. 282, I, do CPP.⁶²

⁵⁷ A Resolução nº 213 do CNJ cita como exemplo de prazo longo o período de 6 meses.

⁵⁸ Código de Processo Penal: Art. 282. (...) § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

⁶⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 1356-1359.

⁶² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** - 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1332.

1.5.4. Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva

Para decretar ou manter a prisão preventiva, o juiz deverá: primeiro, observar se a lei permite (art. 313 do CPP); segundo, se há o *fumus comissi delicti* (prova de existência do crime + indícios suficientes de autoria - art. 312 do CPP, *in fine*); e, terceiro, se há, pelo menos uma das circunstâncias que pressuponham o *periculum libertatis* (garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal). Somente com a conjunção desses três elementos, admite-se a decretação fundamentada da prisão preventiva.

O art. 313, I, do CPP prevê a admissibilidade da prisão preventiva no caso de crime doloso com pena privativa de liberdade de reclusão superior a 4 anos. *A contrario sensu*, pode-se inferir que a imposição de prisão preventiva é desnecessária e inadequada nos casos de contravenção penal, crimes culposos e infrações penais em que não for cominada pena privativa de liberdade.

O art. 313, II, do CPP trata da situação do réu reincidente em crime doloso, independentemente da quantidade da pena. Aqui, o legislador optou por ampliar o estigma da reincidência ao autorizar a prisão preventiva pelo simples fato de o acusado ter prévia condenação criminal transitada em julgado. Apesar de não ser o entendimento dominante, utilizar o elemento da reincidência como forma interpretativa impõem uma presunção de culpabilidade ao agente que já foi condenado por fato anterior qualquer. Nessa linha, o art. 8.4. da CADH considera a reincidência como *bis in idem* e, portanto, veda a dupla punição (direta ou indireta) pelo mesmo fato.⁶³

O art. 313, III, do CPP trata da situação do agente que pratica crimes de violência doméstica e familiar. O referido inciso deve ser interpretado sistematicamente em relação aos dois primeiros. Por exemplo, se o agente comete o crime de lesão corporal de natureza leve (detenção, de 3 meses a 3 anos) contra um a mulher/idoso/criança no ambiente familiar, abstratamente, a prisão preventiva não seria cabível, pois o crime tem pena inferior a 4 anos (art. 313, I, do CPP). Nesse prisma, vale lembrar que a prisão preventiva é decretada para

⁶³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 999.

garantir o regular o desenvolvimento processo, não para impor o cumprimento de medidas protetivas.⁶⁴

Para que a prisão preventiva se justifique 2 (dois) requisitos devem ser observados: a decisão judicial deve ser escrita e fundamentada e deve estar presente o *fumus commissi delicti*. O primeiro requisito é um elemento basilar do Estado Democrático de Direito, uma vez que toda decisão deve ser escrita e devidamente fundamentada, não bastando a simples remissão às hipóteses legais. Tal exigência, além de conferir maior segurança jurídica ao ato, visa evitar (ou diminuir) arbitrariedades por meio de fundamentações genéricas e sem a adequação da medida ao caso concreto.⁶⁵ O segundo requisito pode ser traduzido no binômio prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. A fumaça da existência de um crime implica na probabilidade razoável do seu acontecimento, exigindo-se que o suporte fático extraído dos autos de investigação permita deduzir a prática do delito, o respectivo responsável e a inexistência de causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Nesse sentido, a análise do elemento subjetivo da conduta é essencial, pois a ausência do dolo ou a desclassificação do crime para culposos, deslegitima o cabimento da prisão preventiva. Além disso, havendo possibilidade de que o agente tenha praticado o fato aparado por uma causa de exclusão da ilicitude não lhe poderá ser imposta a prisão preventiva.⁶⁶

O art. 312 do CPP lista os motivos (às razões de fato) que autorizam o juiz a decretar a prisão, são eles: (i) garantia da ordem pública; (ii) garantia da ordem econômica; (iii) por conveniência da instrução criminal e (iv) assegurar a aplicação da lei penal. A existência de qualquer uma dessas circunstâncias já fundamenta a prisão preventiva.

A ordem pública não quer dizer interesse de muitas pessoas, mas sim o interesse na segurança de bens juridicamente protegidos, ainda que de apenas um indivíduo.⁶⁷ O objetivo de retirar o indivíduo do convívio social é impedir que ele cometa novos crimes no curso da investigação ou processo, colocando em risco a sociedade como um todo. Ser um conceito jurídico com amplo potencial de maximizar a seletividade punitiva do Estado, a jurisprudência

⁶⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 1253-1256.

⁶⁵ MAGALHÃES, Pedro. **Entenda quais são os requisitos para a prisão preventiva**. Canal Ciências Criminais. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/requisitos-para-a-prisao-preventiva/>>. Acesso em: 03/02/2021.

⁶⁶ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 986-989.

⁶⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

leva em consideração a gravidade concreta do fato, o risco de reiteração delitiva com base na folha de antecedentes criminais, a participação em organizações criminosas, e a periculosidade social do agente para legitimar a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública.

A prisão preventiva com fundamento na conveniência da instrução criminal se legitima quando o estado de liberdade do imputado coloca em efetivo risco a coleta da prova ou desenrolar do processo, como por exemplo, o acusado que está destruindo provas e ameaçando testemunhas. Importante salientar que a decretação da prisão não pode ser colocada em termos de “conveniência”, mas sim em termos de necessidade, pois a simples comodidade não autoriza a prisão. Ainda nesse sentido, havendo outro meio legal de se obter a prova, este deve ser utilizado ao invés da prisão preventiva.⁶⁸ A tutela da prova não justifica, por exemplo, a prisão do acusado para interrogá-lo ou para força-lo a participar de algum ato probatório ativo (acareação ou reconstituição dos fatos) em virtude do princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere*.

A prisão preventiva, para assegurar a aplicação da lei penal, contempla a possibilidade de o risco concreto de fuga obstar a aplicação da pena caso haja sentença condenatória.⁶⁹ O risco de fuga deve ser demonstrado por informações concretas, não restando suficiente para sua configura uma simples presunção judicial. Defende-se aqui que a fuga não deveria justificar a prisão preventiva, pois configura-se como um direito do preso e, assim, o seu exercício não pode lhe trazer consequências negativas.

Assim, pode-se dizer que a prisão preventiva é uma medida excepcional que depende de um juízo de probabilidade do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* a partir das provas acostadas nos autos.⁷⁰ O magistrado analisará se condutas futuras do custodiado têm ou não o potencial de inviabilizar o resultado útil do processo, sendo certo que a gravidade pretérita do crime não justifica a conversão da prisão em flagrante em preventiva, uma vez que juízo que se faz ao decretá-la é de periculosidade e não de culpabilidade.⁷¹

⁶⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 314.

⁶⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 689.

⁷⁰ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 993-997.

⁷¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 1170-1174.

Viabilizando um maior garantismo, o art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal⁷², também inovou ao determinar que a prisão preventiva seja revista, de ofício, a cada 90 dias, tendo como referência a proporcionalidade, a adequação, a necessidade em relação aos fatos que justificaram a decretação. Tratando-se de um ato revisional obrigatório (prazo-sanção), a inércia do magistrado resultará na ilegalidade da prisão e em seu relaxamento imediato. Cumpre frisar que o prazo de 90 dias para revisão da prisão se inicia com a efetivação da prisão, ou seja, o tempo que a pessoa permaneceu presa durante a investigação deve ser nele computado.⁷³

Compelir o magistrado a reanalisar a prisão amplia a concepção de que o acusado também é um sujeito de direitos e não pode ser tratado como um simples objeto esquecido no fundo caixa, sendo retirado ao tempo e bel prazer do Estado-Juiz. Apesar da evolução legislativa chama-se atenção para o fato de que o reexame periódico *ex officio* das medidas cautelares, por si só, não implicará na máxima proteção aos direitos do acusado, pelo contrário, a depender da sua operacionalização, este procedimento poderá causar graves excessos na duração das medidas. Como a lei não estipula um prazo máximo para aplicação de cada medida, no caso concreto, é possível que o magistrado desvirtue o caráter de provisionalidade da medida cautelar e a renove e/ou substitua ao longo de toda a persecução penal. Assim, de certa forma, o agente sempre teria sua liberdade limitada em alguma proporção, configurando uma verdadeira antecipação da pena.

Como a lei 13.964/19 ainda é recente, ainda não há vasta jurisprudência sobre a aplicação dos seus dispositivos. Especificamente sobre o reexame *ex officio* da prisão, a decisão favorável mais recente sobre os efeitos da ausência de reexame *ex officio* foi a Liminar concedida no *Habeas Corpus* 191.836. Nesse writ, o Ministro Marco Aurélio seguiu a literalidade da norma e relaxou a prisão preventiva diante da inobservância do prazo revisional,

⁷² Código de Processo Penal: “Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.”.

⁷³ MAYA, André Machado. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 119.

inclusive, tratou de deixar claro que o ônus de acusar e manter o indivíduo preso é inteiramente do Estado:⁷⁴

Apresentada motivação suficiente à manutenção, desde que levado em conta o lapso de 90 dias entre os pronunciamentos judiciais, fica afastado constrangimento ilegal. O paciente está preso, sem culpa formada, desde 15 de dezembro de 2019, tendo sido a custódia mantida, em 25 de junho de 2020, no julgamento da apelação. Uma vez não constatado ato posterior sobre a indispensabilidade da medida, formalizado nos últimos 90 dias, tem-se desrespeitada a previsão legal, surgindo o excesso de prazo.

No entanto, posteriormente, a decisão do ministro foi cassada pelo Pleno do STF, firmando-se o seguinte entendimento: “.... a inobservância do prazo nonagesimal do art. 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos.”

A decisão do Pleno do STF, perigosamente, extrapola a competência da Corte e viola a separação dos poderes. O art. 316, parágrafo único, do CPC, que não constava no projeto inicial da lei 13.964/19, foi inserido pelos representantes do povo, por meio de um processo legislativo lícito e legítimo. Tal dispositivo reforça os direitos e garantias fundamentais do custodiado, na medida em que garante a liberação imediata daquele submetido a prisão ilegal (art. 5º, LXV). A despeito disso, o STF interpretou o referido dispositivo contrário a Magna Carta, modificando a sua semântica e esvaziando-o por completo. Além disso, acabou por declarar que o prazo revisional de 90 dias não é peremptório, ou seja, caso não seja cumprido não resultará na imediata soltura do custodiado.⁷⁵ Assim, na prática, o STF legislou e criou outro parágrafo no CPP, pelo qual fica abolido o argumento do excesso de prazo. Agora, o custodiado/réu exercerá a função de “despertador-lembrete” do magistrado, pois a cada *Habeas Corpus* impetrado pela falta de ratificação da prisão preventiva, o juiz será avisado para que diga se deve ou não paciente permanecer preso.⁷⁶

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MC HC 191.836/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 02/10/20. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/liminar-marco-aurelio-andre-rap.pdf>>. Acesso em: 07/10/2020.

⁷⁵ BALDISSERA. Rafaela Reis. **Caso André do Rap, Supremo e o vazio deixado no § único do art. 316 do CPP**. Canal Ciências Criminais. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/caso-andre-do-rap-supremo-e-o-vazio-deixado-no-%c2%a7-unico-do-art-316/>>. Acesso: 03/02/2021

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Ao reescrever o art. 316, STF torna prisão preventiva sem prazo**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-19/streck-reescrever-art-316-stf-torna-preventiva-prazo>>. Acesso: 03/02/2021

Apesar da cristalina previsão legal, o STJ⁷⁷ também dá outro contorno ao art. 316, parágrafo único, do CPC, ao afirmar que a revisão é uma obrigação exclusiva do juiz ou tribunal que decretou a medida, sendo vedada a extensão dessa tarefa a todos os órgãos jurisdicionais competentes para o exame do processo em grau de recurso.

O debate sobre o prazo revisional deve estar centrado no direito do preso, independentemente de quem quer que seja, afinal de contas numa democracia a aplicação lei não se deve ser pautada por uma questão de conveniência⁷⁸. A despeito do entendimento do STF e STJ, tanto a decretação da prisão preventiva de ofício como a ausência da sua revisão a cada 90 dias violam as garantias do Processo Penal e resultam na ilegalidade da prisão, devendo, portanto, ocorrer o seu imediato relaxamento. O juiz não pode deixar de aplicar a lei por achá-la “muito benéfica” ao custódio. O sentimento de vingança não pode tomar conta da população e/ou dos agentes públicos ao ponto descumprirem as regras procedimentais sob a bandeira do combate à criminalidade. Adotar quaisquer dessas posturas é continuar alimentando o espírito inquisitorial que habita o processo penal brasileiro. Nessa linha, Lenio Streck resume bem o pensamento:

Facilmente, parcela da dogmática faz análise teleológica, isto é: primeiro olha se o dispositivo é bom, se agrada, e, depois, arruma argumentos para sustentar a tese.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 589.544/SC**. Relatora: Laurita Vaz. Julgamento: 22/06/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-25/revisao-prisao-preventiva-obrigacao-quem-decreta-medida>. Acesso em: 07/10/2020

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Ao reescrever o art. 316, STF torna prisão preventiva sem prazo**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-19/streck-reescrever-art-316-stf-torna-preventiva-prazo>. Acesso: 03/02/2021

2. A REALIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Daqui por diante, se analisará a realidade das audiências de custódia por meio do Relatório Nacional do IDDD⁷⁹, que acompanhou mais de 2000 audiências, em 13 estados, entre abril e dezembro de 2018. Além disso, em busca de uma maior contextualização e comparação com a média nacional, serão compilados alguns dados do Estado do Rio de Janeiro a partir dos relatórios do OBSAC-UFRJ⁸⁰ e da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro⁸¹.

Após 5 anos, 742.339 apresentações e 443.871 prisões preventivas (59,79%)⁸², a audiência de custódia ainda é associada a ideia de impunidade. Ao tratar o preso como inimigo, o senso comum distorce as finalidades da audiência caracterizar como incompatível a conduta do Estado em promover ações de garantia dos direitos fundamentais daqueles que estão em conflito com a lei. Pretende-se mostrar que a incompreensão sobre as finalidades da audiência tem produzindo um cenário exatamente oposto àquela concepção de impunidade, visto que a prisão está longe de ser a exceção no sistema processual penal brasileiro, principalmente para os grupos sociais mais vulneráveis.

2.1. Perfil socioeconômico dos custodiados

Antes de ingressar na realidade da audiência propriamente dita, importante conhecermos o perfil socioeconômico daqueles grupos sociais que são o alvo da justiça criminal.

A prisão tem cor e classe social. A seletividade racial que assola a população negra e jovem evidencia a perpetuação das amarras coloniais racistas que ainda assombram nossa

⁷⁹ Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). **Relatório Nacional: O fim da Liberdade - A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia**. Publicação: 08/2019. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/OFimDaLiberdade_completo.pdf>. Acesso em: 23/10/2020.

⁸⁰ Observatório das Audiências de Custódia da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ (OBSAC-UFRJ). **Relatório: Prisão como Regra – Ilegalidades e Desafios das Audiências de Custódia no Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/11/prisacc83o-como-regra_final.pdf>. Acesso em: 23/10/2020.

⁸¹ Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPERJ). **Perfil dos entrevistados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro nas audiências de custódia entre setembro de 2017 e setembro de 2019**, onde foram analisadas 21.572 audiências de custódia. Publicado em setembro/20. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/0b6d8d161c1b41739e7fc20cca0c1e39.pdf>>. Acesso em: 23/10/2020.

⁸² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=cursel>. Acesso em: 04/02/2021.

sociedade, sendo que 91% dos custodiados são homens, desses, 64,1% negros, 77,9% solteiros, 66% entre 18 e 29 anos, 61,53% analfabetos e/ou com o ensino fundamental 81,7% com renda variável até 2 salários mínimos. Apesar da população feminina só representar 9% dos custodiados, os índices se mantêm na mesma proporção da masculina, com 53,2% sendo negras, 74,5% solteiras, 59,2% entre 18 e 29 anos, 60,6% analfabetas e/ou com o ensino fundamental (60,6%) e 79,56% com renda variável até 2 salários mínimos.⁸³ No Rio de Janeiro⁸⁴, a proporção de homens e mulheres negras é ainda maior, como 77,4% e 71,8%, respectivamente. Enfim, independente do Estado, as informações não desviam muito da média nacional, o que ilustra uma triste política repressiva estatal que se direciona aos grupos sociais de maior vulnerabilidade socioeconômica.

Um levantamento, realizado pelo Fórum de Segurança Pública, revelou que a proporção de negros no sistema carcerário brasileiro cresceu 14% nos últimos 15 anos, enquanto a de brancos caiu cerca de 19%. De acordo com o levantamento, no ano de 2019, dos 657 mil detentos que constam informação de raça/cor, 438 mil são negros, correspondendo a 66,7%.⁸⁵ A seletividade sobre quem deve recair a repressão criminal evidencia a ausência de tratamento igualitário sobre as pessoas que praticam algum delito, haja vista que a maioria dos presos são pessoas negras, de baixa renda e com pouca escolaridade. O histórico social de opressão e menos oportunidade fazem com que a população negra se torne o grupo social mais vigiado pelas instituições estatais e os alvos preferenciais das políticas de encarceramento.

O ciclo punitivista baseado na cor da pele e condição social afeta todos os agentes responsáveis pela justiça criminal, desde o policial responsável pelo flagrante até o advogado de defesa que se mantém inerte diante de violações das garantias do preso. O racismo estrutural também incide sobre a carreira da magistratura. Um levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça aponta que a equidade racial na magistratura brasileira só será alcançada no ano de 2044. A composição dos quadros da magistratura representa a cadeia discriminatória criminal, aprofundando ainda mais seletividade punitiva. Saber que quase 100% dos juízes de

⁸³ IDDD. Relatório Nacional: **O fim da Liberdade - A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia**. Op. cit. p. 59-62.

⁸⁴ Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPERJ). **Perfil dos entrevistados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro nas audiências de custódia entre setembro de 2017 e setembro de 2019**. Op. cit. p. 8.

⁸⁵ Disponível em: < <https://noticiapreta.com.br/numero-de-negros-na-prisao-cresce-14-nos-ultimos-15-anos-no-mesmo-periodo-a-taxa-de-bancos-caiu-19/>>. Acesso 30/05/21.

1ª instância são brancos pode nos ajudar a entender o porquê mais de 50% dos magistrados das instâncias inferiores são contrários à audiência de custódia.⁸⁶

2.2. Violação aos direitos e garantias do custodiado

Como a proteção dos direitos fundamentais é permanente, as audiências de custódia também devem ocorrer todos os dias por meio de expediente ou plantão, viabilizando que o custodiado seja apresentado ao juiz das garantias em até 24 h, a partir do momento da prisão. No entanto, verifica-se uma falta de uniformidade nos horários de funcionamento das Centrais de Custódia por todo o Brasil, sendo que em alguns Estados as audiências são realizadas somente na parte da tarde (Rio de Janeiro), e, em outros, somente em dias úteis. Assim, dependendo da hora que a pessoa seja presa, o prazo limite de apresentação não será respeitado.

O prazo é o primeiro ponto de descompasso entre a lei e a realidade, pois na melhor das hipóteses, a contagem só se inicia após a lavratura do auto de flagrância e, na pior, o custodiado é apresentando ao juiz 7 (sete) dias após da prisão⁸⁷. A despeito de ensejar o relaxamento da prisão, o prazo de apresentação não é respeitado pelos atores criminais, tanto pelo Ministério Público (fiscal da ordem jurídica) em não solicitar que a prisão seja declarada ilegal, quanto pelo juiz que não decreta a ilegalidade de ofício. Sem falar que a não apresentação em até 24 h inviabiliza o cumprimento de uma das finalidades da audiência de custódia, qual seja, o combate a tortura, uma vez que a extrapolação do prazo pode dissimular os indícios da violência policial.

A Resolução 213/2015 do CNJ não especifica o local onde devem acontecer as audiências de custódia, ficando tal pauta a cargo da organização de cada Estado, sendo mais comum à sua realização em fóruns, delegacias ou unidades prisionais. Na cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, todas as audiências ocorrem no Complexo Penitenciário José Frederico Marques, em Benfica, sob a justificativa de que a realização das audiências de custódia dentro

⁸⁶ **Equidade racial na magistratura só será alcançada em 24 anos, diz CNJ.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-09/equidade-racial-magistratura-alcancada-24-anos-cnj>>. Acesso em: 23/10/2020.

⁸⁷ Disponível em: <<https://sintsecriminal.jusbrasil.com.br/noticias/866330456/tj-rj-manda-soltar-presos-que-so-teve-audiencia-de-custodia-apos-7-dias>>. Acesso em 23/10/20.

do presídio ajuda na contenção de gastos e elimina risco que deslocamento do custodiado para outro local poderia trazer para incolumidade pública.⁸⁸

A visibilidade no exercício do poder estatal é imperativa no Estado Democrático de Direito, sendo certo que a publicidade dos atos processuais integra o devido processo legal e representa uma forma de garantir o direito de defesa.⁸⁹ O fato de as unidades prisionais abrigarem as audiências de custódia obsta o mandamento constitucional de publicidade dos atos judiciais, na medida em que somente pessoas previamente cadastradas terão a chance de ingressar no estabelecimento prisional. Nessa dinâmica, advogados encontram dificuldade de acessar o local da audiência e familiares se aglomeram na frente da unidade, sendo impedidos de prestar qualquer tipo de assistência ao custodiado (muitos destes sem alimentação, sem documentos e com roupas sujas). Esse manto de invisibilidade que recai sobre as pessoas custodias só agrava o processo de desumanização, pois impossibilita o controle social sobre os abusos estatais.

Antes mesmo da legalidade da prisão ser analisada pelo juiz das garantias, o custodiado já é inserido no sistema prisional e passa ser tratado como culpado. É inconcebível que a pessoa presa em flagrante seja exposta ao ambiente prisional sem qualquer determinação judicial, inclusive, recebendo uma identificação numérica.⁹⁰ Não se pode ser ingênuo em acreditar que o local não influencie no subconsciente dos atores criminais e afete a imparcialidade, principalmente do julgador. A realização da audiência de custódia dentro de uma unidade prisional minimiza a dúvida do julgador em decidir pela manutenção da prisão, afinal de contas, a pessoa já vai ficar por ali mesmo.

Independentemente do local de realização a audiência de custódia observa-se que, na maioria dos casos, a entrevista prévia entre o advogado e o preso ocorre sem nenhum tipo de privacidade. No fórum, as entrevistas acontecem nos corredores, sob olhos e ouvidos de quem quer que passe e até mesmo do juiz e do Ministério Público, já que as portas das salas de audiência costumam ficar abertas. Quando há sala reservada para Defesa, as pesquisas relatam a precarização da estrutura em comparação as ferramentas disponibilizadas à acuação. No Rio

⁸⁸ IDDD. Relatório Nacional: **O fim da Liberdade - A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia**. Op. cit. p. 35-38.

⁸⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 73.

⁹⁰ IDDD. Relatório Nacional: **O fim da Liberdade - A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia**. Op. cit. p. 36-41.

de Janeiro, por exemplo, a sala destinada a Defesa não possui, se quiser, bebedouro e computador, fato que retrata a falta de paridade de condições entre a Defesa e o Ministério Público até do ponto de vista físico-estrutural da persecução penal.⁹¹ Essa ausência de condições para se obter uma conversa reservada com o preso impede que a Defesa obtenha informações para confeccionar uma argumentação técnica e qualificada, deixando o custodiado, predominantemente à mercê do conteúdo do auto de flagrância (visão policial do ocorrido). A defesa qualificada viabiliza a paridade de armas que é essencial ao exercício do contraditório efetivo, além de fortalecer a imparcialidade do juiz, à medida que quanto mais ativas forem as partes, menor será a iniciativa julgador.⁹² Assim, a defesa técnica é indispensável para diminuir o desequilíbrio entre o poder punitivo do estado e o sujeito.

Outro ponto relevante demonstrado nas pesquisas é o uso irrestrito de algemas durante a audiência de custódia. A despeito da excepcionalidade trazida pela súmula vinculante nº 11⁹³, o uso de algemas é a regra no processo penal brasileiro. Seja durante o deslocamento, seja durante a audiência, o uso indevido e arbitrário caiu em lugar comum, pois 83% dos custodiados permaneceram algemados e somente em 5% desses casos a Defesa se manifesta pela retirada das algemas. A inércia também atinge o Ministério Público e o juiz, pois em 93,8% dos casos nenhum deles se manifestaram. O Ministério Público que tem função constitucional de atuar como fiscal da ordem jurídica não a cumpre, ficando inerte frente à violação da previsão sumular.⁹⁴ O juiz que deveria ordenar a retirada das algemas, independentemente de requerimento, atua no sentido oposto ao proferir decisão padronizada e genérica legitimando a sua manutenção com base na periculosidade abstrata do preso e na escassez de segurança. Tais justificativas são totalmente desconectadas da realidade, haja vista que a grande parte das audiências de custódia são realizadas em unidades prisionais, estruturas intrinsecamente dotadas de segurança e geridas pelo poder público.

⁹¹ OBSAC-UFRJ: 70% dos custodiados são atendidos pela Defensoria Pública.

⁹² LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 148-149.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 11**: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

⁹⁴ IDDD. Relatório Nacional: **O fim da Liberdade - A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia**. Op. cit. p. 71.

No caso de concurso de pessoas, a violação aos direitos individuais se agrava, já que os presos são apresentados algemados coletivamente com os braços entrelaçados entre si. Além de ser aviltante a dignidade da pessoa humana, esse cenário remonta à época escravista brasileira, evidenciando, por si só, que a cultura inquisitorial/autoritária ainda paira sobre o processo penal. Conceber a realização coletiva da audiência de custódia sem respeitar as circunstâncias pessoais de cada autor é desconsiderar o mandamento constitucional da individualização da pena e, como consequência, limitar o direito de defesa.

Uma das finalidades da audiência de custódia tem como intuito prevenir e combater a tortura e os maus tratos. A prática de tortura ultrapassa os limites do sofrimento físico, alcançando também aspectos mentais, de humilhação pública e abuso de poder. As pesquisas mostram que a maior parte das prisões em flagrante são feitas pela polícia militar, sendo seus os agentes responsáveis por 72,9% dos relatos de violência. Em 70% dos casos, as agressões são cometidas entre o momento da abordagem e a apresentação na delegacia. A abordagem policial mais comum é aquela que se justifica a título da prática de “atitude suspeita”. Por meio desse critério subjetivo e arbitrário, a polícia traça estereótipos e pressupõem a culpa de qualquer pessoa que se enquadre nesse grupo, mesmo sem indícios mínimos que confirmem a prática delitiva. Felizmente, em decisão recente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a ilegalidade da prisão em flagrante baseada em “atitude suspeita” pelo fato de ser manifestadamente discriminatória e desarrazoada.⁹⁵

O Protocolo II da Resolução 213 do CNJ disciplina, detalhadamente, o procedimento a ser seguido pelo juiz na averiguação de indícios de tortura ou maus tratos. Além de obrigatórias, as perguntas devem ser feitas de forma clara e direta, sem o uso de termos jurídicos indeterminados para que não haja margem para respostas vagas. Quando perguntados, 23,8% dos presos afirmaram terem sido vítima de violência pelos agentes policiais⁹⁶. Mesmo com números já assustadores, acredita-se que há subnotificação de casos, pois a presença de agentes de segurança nas salas de audiência (96,3% das vezes⁹⁷) tem o poder de inibir custodiado de expor a realidade dos fatos com medo de sofrer retaliações pessoais futuras.

⁹⁵ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Prieto & Tumbeiro vs. Argentina*. Sentença de 06/10/2020. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-13/corte-interamericana-condena-argentina-abordagens-policiais>>. Acesso em: 24/10/2020.

⁹⁶ IDDD. Relatório Nacional: **O fim da Liberdade - A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia**. Op. cit. p. 76. Frisa-se que 14,5% dos presos não são perguntados.

⁹⁷ IDDD. Relatório Nacional: **O fim da Liberdade - A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia**. Op. cit. p. 75.

A naturalização e o conformismo com violência policial são evidentes. Parece que a constante exposição à violação de direitos humanos adormece o senso de legalidade dos atores do sistema criminal, pois mesmo diante de indícios de tortura, em 74% e 72% dos casos, respectivamente, o Ministério Público e a Defesa não efetuam nenhum pedido de encaminhamento para averiguação.⁹⁸ Talvez, se o custodiado tivesse acesso a esses dados, ele realmente pensaria que não vale a pena colocar em risco a sua integridade física denunciando agressões policiais já perpetradas, pois tanto a agressão antiga quanto uma nova decorrente da denúncia não serão investigadas. Essa baixa cooperação entre os atores da justiça criminal no combate e prevenção da violência, somada aos relatos de inércia na responsabilização dos agentes envolvidos só retroalimenta a subnotificação da violência policial e, consequente, contribui para manutenção da tortura na realidade brasileira.

Por fim, nota-se que a mecanização da audiência de custódia vem tornando-a rasa e precária, desvirtuando as suas finalidades e impedido o tratamento digno a pessoa. Uma evidência disso é a quantidade de audiências realizadas por dia, 32 audiências⁹⁹, cada uma com duração de 5 minutos¹⁰⁰, em média. Ocorre que a quantidade de apresentações, por dia, jamais pode legitimar a ausência de pessoalidade no tratamento do custodiado e a omissão de procedimentos, pois cada caso deve ser analisado de acordo com as suas peculiaridades a fim de garantir a individualização da pena. Além disso, em contraposição à preceito acusatório, essa busca “exemplar” pela celeridade procedimental (5 minutos por audiência) implica no tratamento desumanizado do custodiado ao considerá-lo como simples objeto da persecução penal. Evidência disso é que cerca de 30% dos magistrados¹⁰¹ não se preocupam em explicar os motivos e as finalidades da audiência de custódia e/ou não dão a oportunidade para que o custodiado esclarecesse qualquer dúvida.

Diante disso, podemos afirmar que tratar a audiência de custódia como uma mera formalidade é minimizar seu verdadeiro propósito (controle da legalidade e a averiguação de

⁹⁸ IDDD. Relatório Nacional: **O fim da Liberdade - A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia**. Op. cit. p. 79.

⁹⁹ DPERJ. **Perfil dos entrevistados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro nas audiências de custódia entre setembro de 2017 e setembro de 2019**. Op. cit. p. 11-12.

¹⁰⁰ OBSAC-UFRJ. **Relatório: Prisão como Regra – Ilegalidades e Desafios das Audiências de Custódia no Rio de Janeiro**. Op. cit. p. 20.

¹⁰¹ OBSAC-UFRJ. **Relatório: Prisão como Regra – Ilegalidades e Desafios das Audiências de Custódia no Rio de Janeiro**. Op. cit. p. 37.

violência policial) subvertendo a prevalência dos direitos fundamentais em relação ao sistema de justiça criminal.

2.3. Excesso de medidas cautelares

As medidas cautelares diversas da prisão devem materializar a intervenção mínima do direito penal no âmbito das relações sociais, pois buscam evitar o excessivo encarceramento provisório ao garantir a prisão com *ultima ratio*. Apesar disso, a cultura judiciária brasileira resiste a restauração de liberdade sem a imposição de medidas restritivas de direitos, com magistrados decretando medidas cautelares “em bloco”, a uma média de 2,6 a 2,9 medidas cautelares por decisão concessiva de liberdade provisória. As medidas cautelares mais comuns são: comparecimento período em juízo (92%); proibição de ausentar-se da comarca (60%); recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga (41%); proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (22%); fiança (17%); monitoração eletrônica (14%)¹⁰². Diante disso, nota-se uma banalização na imposição de medidas cautelares, haja vista que não há limitação legal a quantidade de restrições que possam ser impostas simultaneamente.

Na maioria dos casos, a imposição de cautelares não segue os princípios da proporcionalidade e adequação, com pedidos e decretações sem correlação com o caso concreto. Sendo a medida cautelar uma forma de restrição das liberdades individuais sua aplicação deve ocorrer no estrito grau de necessidade para resguardar a utilidade do processo. Por exemplo, não existiria correspondência lógica na determinação de recolhimento domiciliar noturno, sendo que o acusado trabalha a noite. Assim, é imprescindível que o magistrado analise as peculiaridades do caso antes de decretar a medida cautelar.

A atividade judicial desenfreada na restituição de direitos individuais piora, visto que em 31,19% dos casos os magistrados decretam medidas cautelares atípicas. Diferentemente do processo civil, no qual o juiz pode se utilizar de medidas nominadas e inominadas para resguardar o processo (poder geral de cautela), no processo penal não existem medidas cautelares atípicas. O art. 319 do CPP apresenta um rol taxativo de medidas cautelares diversas da prisão possíveis, uma vez que por implicarem em restrições na esfera dos direitos

¹⁰² IDDD. Relatório Nacional: IDDD. Relatório Nacional: **O fim da Liberdade - A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia**. Op. cit. p. 98-99. Se somarmos esses percentuais, fica fácil de ver que passa de 100%, o que demonstra a cumulação de várias medidas no mesmo caso concreto.

fundamentais do acusado exigem estrita observância do princípio da legalidade. Nessa perspectiva, a forma processual penal, simultaneamente, limita o poder punitivo estatal e resguarda os direitos individuais do acusado, sendo certo que não é possível restrições de direitos a partir de analogias sob o fundamento do poder geral de cautela.¹⁰³

O Ministério Público requereu a liberdade irrestrita em apenas 2,4 % dos casos, e comparação aos 33% de pedidos condicionados a alguma medida cautelar. Ou seja, o órgão de acusação requer a imposição de cautelares mesmo sendo caso de liberdade plena pelo simples ideal de reforçar seu poder de vigilância sobre o custodiado. Além disso, pode-se vislumbrar um “acordo implícito” entre o Ministério Público e o juiz quanto a manutenção do controle estatal sobre o indivíduo, pois em 30,92% dos casos o *parquet* requisitou a imposição de cautelar sem especificá-la, deixando a escolha a cargo o juiz. Esse “ajuste” ilustra a perpetuidade da justiça penal autoritária a qual traduz-se na atuação de ofício do juiz na decretação de medidas cautelares.¹⁰⁴

2.4. Exceção a excepcionalidade da prisão

Atualmente, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do planeta, sendo composta por 748.009 presos, dentro os quais 222.558 (29,75%) são provisórios¹⁰⁵. Esse dado, além de evidenciar o encarceramento em massa, demonstra que a audiência de custódia não vem obtendo êxito em combater o uso desenfreado a prisão preventiva no país.

A necessidade da prisão preventiva surge quando as medidas cautelares diversas da prisão não são suficientes para garantir o regular andamento do processo. Somente nesse caso, justifica-se a segregação excepcional de quem ainda deva ser considerado inocente. Ocorre que, na prática, predomina a decretação de prisão preventiva com base em elementos abstratos e fundamentações padronizadas.¹⁰⁶ No Rio de Janeiro, por exemplo, a conversão da prisão em flagrante em preventiva ocorre em 62,5% dos casos a partir de decisões judiciais fundamentadas em mais de um motivo, sendo 95% pela garantia da ordem pública, 85,5% para assegurar a

¹⁰³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 909-912.

¹⁰⁴ IDDD. Relatório Nacional: **O fim da Liberdade - A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia**. Op. cit. p. 103.

¹⁰⁵ INFOPEN - **Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro**. Relatório. Dez/2019. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>> Acesso em: 26/10/2020.

¹⁰⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 638.

aplicação da lei penal e 69% para conveniência da instrução criminal. No entanto, em mais de 2/3 dos casos, a medida era desnecessária pois os crimes foram praticados sem violência ou grave ameaça.¹⁰⁷

Até a edição da lei 13.964/19, o STJ¹⁰⁸ admitia a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os fundamentos do art. 312 do CPP. A partir da referida lei, a alteração promovida no art. 282, §2º do CPP passou a proibir a decretação de qualquer medida cautelar (gênero) por iniciativa do magistrado. Na “nova” estrutural processual penal, a prisão só poderá ser decretada via representação ou requerimento do Ministério Público, autoridade policial, querelante ou do assistente de acusação. Assim, caso o juiz decrete a prisão preventiva *ex officio* assumirá uma postura incompatível com a exigida pelo sistema acusatório (art. 3º-A), principalmente no viés de afastamento das partes.¹⁰⁹ Sobre esse ponto, o Ministro Celso de Mello reforça a ilegalidade na conversão, *ex officio*, da prisão em flagrante em prisão preventiva:

(...)

A audiência de custódia (ou de apresentação) – que deve ser obrigatoriamente realizada com a presença do custodiado, de seu Advogado constituído (ou membro da Defensoria Pública, *se for o caso*) e do representante do Ministério Público – constitui direito público subjetivo, *de caráter fundamental*, assegurado *por convenções internacionais de direitos humanos* a que o Estado brasileiro aderiu (...)

A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “*de ofício*” que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, *de forma absoluta*, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “*requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público*” (grifei), não mais sendo lícita, *portanto*, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “*ex officio*” do Juízo processante em tema de *privação cautelar da liberdade*.

A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada *à luz* dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, *mesmo no contexto da audiência de custódia*, a conversão, *de ofício*, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, *por isso mesmo*, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, *quando for o caso*, do querelante ou do assistente do MP.

Mostra-se inconcebível que um ato *de natureza meramente descritiva*, como o é o auto de prisão em flagrante, limitado a relatar o contexto fático-jurídico da prisão, permita que dele infira-se, *por implicitude*, a existência *de representação tácita* da

¹⁰⁷ OBSAC-UFRJ. Relatório: **Prisão como Regra – Ilegalidades e Desafios das Audiências de Custódia no Rio de Janeiro**. Op. cit. p. 24.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Tese. **Caderno 120. Tese 10**: “Não há nulidade na hipótese em que o magistrado, de ofício, sem prévia provocação da autoridade policial ou do órgão ministerial, converte a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP”.

¹⁰⁹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 984.

autoridade policial, objetivando, *no âmbito da audiência de custódia*, a conversão da prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva.

A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, no contexto da audiência de custódia, somente se legitima *se e quando houver*, por parte do Ministério Público ou da autoridade policial (ou do querelante, *quando for o caso*), pedido expresso e inequívoco dirigido ao Juízo competente, pois não se presume – *independentemente da gravidade em abstrato do crime* – a configuração dos pressupostos e dos fundamentos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, que hão de ser adequada e motivadamente comprovados *em cada situação ocorrente*.

Inexiste, *em nosso sistema jurídico*, em matéria processual penal, o *poder geral de cautela dos Juízes*, notadamente em tema de *privação e/ou de restrição* da liberdade das pessoas, vedada, *em consequência*, em face dos postulados constitucionais da tipicidade processual e da legalidade estrita, a adoção, *em detrimento do investigado, do acusado ou do réu*, de provimentos cautelares *inominados* ou *atípicos*. O processo penal *como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas* sob perseguição criminal.¹¹⁰

O ativismo judicial na decretação *ex officio* da prisão não pode ser chamado de decisão judicial à luz do sistema acusatório, mas sim, de um mero ato de poder (decisionismo).¹¹¹ Atuando dessa maneira, o magistrado aniquila o contraditório prévio necessário para imposição das medidas restritivas, além de desprivilegiar a cultura da audiência (art. 282, § 3º do CPP) que deve nortear o processo penal democrático e justo. Ao burlar o sistema acusatório decretando a prisão preventiva de ofício, o juiz, na verdade, profere uma decisão sem fundamentação idônea, pois não há requerimento do órgão de acusação que legitime a restrição (20,6% dos casos¹¹²). Ocorre que, em razão das premissas constitucionais e legais que orientam e vinculam a atuação estadual, toda prisão deve ser resultado de uma ordem judicial escrita e com fundamentação concreta e individualizada.¹¹³ Nesse sentido, o art. 315 do CPP apresenta um rol de vedações que impõe um “padrão de qualidade” à decisão que decretar uma prisão provisória, não se considerando fundamentada a decisão que, por exemplo, se limite a indicar artigos da lei, sem fazer a adequação ao caso concreto; empregue conceitos jurídicos vagos e indeterminados, sem relacionar com o fato concreto; invoque motivos padronizados; não enfrente os argumentos trazidos pelas partes.¹¹⁴ Diante disso, a fundamentação da decisão judicial é uma consequência lógica do sistema acusatório na medida em que garante o contraditório das partes e permite o controle social sobre a atuação do Judiciário.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 188.888/MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 06/10/2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC188888acordao.pdf>>. Acesso em: 25/10/2020.

¹¹¹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 63.

¹¹² IDDD. Relatório Nacional: **O fim da Liberdade - A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia**. Op. cit. p. 109.

¹¹³ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 619.

¹¹⁴ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 1007-1008.

Outro fator que ajuda entender o atual cenário da prisão preventiva como “regra” na audiência de custódia é a aproximação entre órgão de acusação e o magistrado, somada com a visão inquisitorial individual de cada deles. As pesquisas evidenciam uma predisposição do magistrado em seguir o pedido da acusação, pois quando o Ministério Público solicita a conversão do flagrante em preventiva, o juiz concorda em 85% dos casos. Ocorre que, mesmo quando o Ministério Público requer a liberdade irrestrita, o juiz diverge em 88% dos casos. Ou seja, mesmo quando um dos atores enxerga a desnecessidade do controle estatal, o outro atua individualmente para a manutenção da cultura punitiva.¹¹⁵ Além disso, o relatório do OBSAC-UFRJ alerta para o fato de que a presença de antecedentes criminais é um catalisador para decretação da prisão preventiva, pois a mesma ocorreu em mais de 80%¹¹⁶ das vezes que o custodiado já tinha praticado delitos anteriores. Diante disso, pode-se inferir que o excesso de prisão preventiva na audiência de custódia é uma expressão das características inquisitivas do processo penal, maximizadas pelos estereótipos da reincidência.

A aproximação dos juízes com as manifestações do Ministério Público é extremamente prejudicial à defesa, pois abala as estruturas da imparcialidade e do processo penal em si. Esse “jogo jogado” ilustra que o panorama atual é muito semelhante àquele pré audiência de custódia, ou seja, um ambiente caracterizado pela banalização da prisão provisória com alvos bem definidos (população negra e de baixa renda). A subversão ideológica da audiência de custódia restou por tratar a prisão (medida excepcional) como regra.

Mesmo diante de todas as ilegalidades, aparenta que a defesa está se amoldando a essa dinâmica colaboracionista entre o juiz e o *parquet*, visto que o pedido principal defensivo passou a ser pela concessão da liberdade provisória com a imposição de medidas cautelares (63,54% de todos os pedidos de liberdade¹¹⁷). Em primazia ao princípio da presunção de não-culpabilidade isso não deveria acontecer, ainda mais quando o custodiado for réu primário e o crime for cometido sem violência ou grave ameaça. Se a defesa continuar adotando uma postura subserviente, o controle estatal irá ganhar cada vez mais terreno ao ponto de casos de relaxamento e liberdade irrestrita não mais existir.

¹¹⁵ IDDD. Relatório Nacional: **O fim da Liberdade - A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia**. Op. cit. p. 110.

¹¹⁶ DPERJ. **Perfil dos entrevistados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro nas audiências de custódia entre setembro de 2017 e setembro de 2019**. Op. cit. p. 5.

¹¹⁷ IDDD. Relatório Nacional: **O fim da Liberdade - A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia**. Op. cit. p. 103.

A predominância da prisão antes do trânsito em julgado expressa uma sociedade punitivista, que legitima a repressão criminal estatal com um instrumento de vingança social. A marcha natural do processo e a presunção de inocência passam a ser sinônimos de impunidade e proteção de criminosos.¹¹⁸ Qualquer ideia no sentido de melhorar a situação do preso é vista com antipatia por parte da sociedade, sob o senso comum de que o Brasil é um país de grandes anseios sociais, e o bem estar da população não pode ser preterido por garantismos e melhorias na situação daqueles que infringiram a lei. Nessa perspectiva, tem-se um Judiciário cada vez mais inclinado a exercer atribuições de agentes de segurança pública sob o pleito social do combate exemplar à criminalidade a qualquer custo. Mesmo que a população anseie por um juiz justiceiro e promotor de políticas públicas, a busca cega pela efetividade do processo penal não pode superar a proteção dos direitos individuais, visto que o processo também é uma forma de limitar o poder coercitivo estatal.¹¹⁹

¹¹⁸ Justiça Global. **6ª edição do programa Vozes e Reivindicações**. Disponível em: <http://www.global.org.br/blog/justica-global-apresenta-entrevista-com-augusto-de-arruda-botelho/>. Acesso em: 26/10/20.

¹¹⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 618-619.

3. JUIZ DAS GARANTIAS

Antes de iniciar a exposição sobre o instituto do juiz das garantias (art. 3-A ao art. 3-F do Código de Processo Penal) é importante ressaltar que sua eficácia se encontra suspensa em virtude da Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 concedida pelo Ministro Luiz Fux em 22/01/20.

3.1. Sistemas Processuais

Etimologicamente, podemos definir um sistema como sendo a “disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada”¹²⁰. Nessa linha, pode-se dizer que o sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras logicamente interligadas e interpretadas para a efetiva aplicação da legislação vigente.

Os sistemas processuais são frutos da dinâmica política de cada época. À medida que o Estado se aproxima do autoritarismo, o sistema inquisitivo aflora por meio da intensificação da repressão penal e supressão dos direitos e garantias individuais do acusado. Porém, à medida que a situação jurídica se aproxima do Estado Democrático de Direito, o sistema processual se amolda ao respeito às normas constitucionais e convencionais adequando-se a um modelo acusatório.¹²¹

3.2.1. Sistema Inquisitivo

No sistema inquisitivo o Estado-juiz (Juiz-inquisidor) concentra as funções de acusar, defender, gerir a prova e julgar, ou seja, ao mesmo tempo, o juiz inicia a ação, defende o réu, produz a prova e julga. Além disso, nesse sistema o processo é sigiloso, impedindo o controle social sobre a atuação jurisdicional; não há o contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos; não é possível a arguição de impedimento, suspeição ou incompetência, uma vez que qualquer magistrado acumulará todas as funções e,

¹²⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. p. 1594.

¹²¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 122; 130.

adota-se o sistema da prova tarifada, no qual cada prova é organizada em uma estrutura hierárquica, sendo a confissão a “rainha das provas”.

Nesse sistema o juiz objetiva convencer as partes de sua íntima convicção e não formar seu convencimento diante das provas trazidas pelas partes.¹²² Nessa linha, a persecução penal é regida pelo princípio da verdade real, no qual busca-se alcançar a provável “verdade dos fatos” a qualquer custo, mesmo que seja necessária a aplicações de castigos corporais ou pena de morte. Assim, como não há preocupação com os direitos fundamentais qualquer prova é lícita. Ocorre que a autorizar o juiz a substituir as partes na produção da prova induz uma prevalência na formação do seu convencimento pela culpabilidade do acusado. A concentração das funções de investigar e colher as provas, materializa a figura de um juiz-inquisidor que está comprometido psicologicamente para causa, e, portanto, aniquila qualquer possibilidade de um julgamento imparcial.¹²³ Consequentemente, o julgamento por juiz único, inteiramente contaminado pela investigação, conduz a uma instrução processual pré-direcionada a confirmar hipóteses tidas como verdadeiras, na medida em que, institivamente, a mente humana efetua uma busca seletiva por dados e argumentos que confirme suas hipóteses. Ao ponto de, muitas vezes, subestimar qualquer informação contrária à sua concepção inicial.¹²⁴ Nessa linha, Geraldo Prado aduz que:

“(…) quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”.

Diante do exposto e a luz da Constituição Federal de 1988, não podemos, se quisermos, classificar o sistema processual inquisitivo como um verdadeiro processo, pois o próprio órgão que investiga é o mesmo que pune. O sistema inquisitivo é totalmente incompatível com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, consequentemente, deve ser banido das legislações que visem assegurar aos cidadãos as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana.¹²⁵

¹²² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 123.

¹²³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único - 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 107-109.

¹²⁴ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 188-193

¹²⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 124-125.

3.2.2. Sistema Acusatório

O processo acusatório é uma forma de restringir direitos e aplicar punições respeitando as disposições legais, constitucionais e convencionais que legitimam a persecução penal, traduzindo-se numa garantia do cidadão contra os arbítrios do Estado.¹²⁶

Com amparo na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, na Constituição Federal de 1988 e, agora no art. 3-A do CPP, inserido pela lei 13.964/19, o sistema acusatório é estruturado a partir da separação das funções de acusar, defender e julgar (*actum trium personarum*), com a acusação e defesa no mesmo plano de igualdade, mantendo-se o magistrado equidistante das partes a fim de que se possa garantir sua imparcialidade¹³⁰.

A função de acusar é entregue ao Ministério Público que possui a titularidade da ação penal, ou seja, é único responsável pela acusação (imputação penal + pedido) e produção da prova. Ao *parquet* impõe-se a obrigação de formular denúncia juridicamente apta, que ilustre a materialidade do delito e exponha de forma precisa e individualizada a participação de cada acusado. Com isso, o ônus de produção da prova recairá sobre o órgão acusador, uma vez que não se permite a responsabilização penal objetiva dos acusados e não compete ao réu demonstrar a sua inocência (presumidamente inocente), mas sim ao Ministério Público comprovar a sua culpabilidade.¹³¹

O magistrado passa somente a ser responsável pela aplicação da lei quando devidamente provocado. É vedado a ele a iniciativa da persecução penal, visto que a investigação preliminar é atribuição da polícia judiciária (civil ou federal) ou do Ministério Público. Além disso, sua atuação é pautada na imparcialidade, assim caracterizada quando o magistrado ocupa uma posição de mediador da atividade postulatória e instrutória das partes e valora as provas lícitas que lhe são apresentadas, considerando-as para fundamentar a decisão.¹³² Daí, a luz da maximização da imparcialidade do julgador, deve-se louvar o art. 3-A do CPP que proíbe a

¹²⁶ BRITO, Alexandre Trovão. **A urgência do sistema acusatório no Brasil**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-30/trovaio-brito-urgencia-sistema-acusatorio-brasil>>. Acesso: 29/01/2021.

¹³⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 552.

¹³¹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. **O "Sistema Acusatório" do Processo Penal Brasileiro: Apontamentos Acerca do Conteúdo da Acusatoriedade a partir de Decisões do Supremo Tribunal Federal**. Revista Direito, Estado e Sociedade. Op. cit. p. 183.

¹³² SCHREIBER, Simone. **Em defesa da constitucionalidade do juiz das garantias**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf>>. Acesso em: 28/01/2020. p. 3-4.

iniciativa do magistrado na fase de investigação, assim como, a sua atuação em substituição ao órgão de acusação na produção da prova.

A imparcialidade é condição estruturante do devido processo legal na medida em que garante a ampla defesa e contraditório efetivo, assegurando jurisdição da verdade processual.¹³³ Na dinâmica acusatória, deve-se garantir o tratamento isonômico entre defesa e acusação, tanto do ponto de vista formal quanto material, pois não basta a mera aplicação das regras inseridas na legislação processual penal sem sua ponderação com o caso concreto. Deve, portanto, o magistrado conduzir o julgamento de modo que as partes disponham de “armas” idênticas para acusar e/ou defender.¹³⁴

Sem dúvida, o núcleo do sistema acusatório é a modo de gestão da prova, ou seja, por quem a prova será produzida. O protagonismo na dinâmica probatória ficará a cargo das partes, sendo vedado a iniciativa do juiz. Essa posição de juiz-expectador coaduna-se com sua condição de imparcialidade que deve reger toda a persecução, tanto na fase investigatória como na fase judicial. “Juiz bom” não é aquele que “põe a mão na massa” e atua como agente de produção da prova, pelo contrário, é aquele que somente se coloca na posição destinatário da prova, ou seja, a postura do juiz em relação à produção da prova deve ser passiva. Logo, não é suficiente que existam papéis distintos (Estado-juiz x Estado-acusação), é necessário que cada um aja em conformidade com seus espaços de atuação.¹³⁵ Sob esse aspecto, Geraldo Prado salienta que:

“a busca das provas da autoria e da existência da infração penal, pelo juiz, por mais grave que possa parecer o delito, compromete a imparcialidade daquele que vai decidir (...)”, pois, “pelo menos do ponto de vista psicológico, por mais sereno que seja o magistrado, sua inserção na mencionada atividade implicará certo grau de comprometimento com os fatos apurados, afastando-se o julgador do ponto de equilíbrio que, como garantia das partes, traduz-se no princípio do juiz imparcial”.

Não cabe ao juiz ir à procura de dados para confirmar seu entendimento. Quando o juiz vai atrás da prova ele já possui pré-conceitos estabelecidos e, seletivamente, buscará elementos

¹³³ MAYA, André Machado. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 30.

¹³⁴ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. **O "Sistema Acusatório" do Processo Penal Brasileiro: Apontamentos Acerca do Conteúdo da Acusatoriedade a partir de Decisões do Supremo Tribunal Federal**. Revista Direito, Estado e Sociedade. PUC-Rio, nº 47, jul/dez 2015. p. 186-187. Disponível em < <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo08n47.pdf>>. Acesso em: 30/01/2021.

¹³⁵ Kershaw, Gustavo Dias. **É preciso falar mais sobre o sistema acusatório**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mai-08/dias-kershaw-preciso-falar-sistema-acusatorio>>. Acesso: 29/01/2021.

para confirmar suas hipóteses, menosprezando os pontos divergentes ao seu pensamento. Conceder poderes instrutórios ao juiz, permitindo-lhe a iniciativa da prova implica em entregar funções persecutórias a quem, ao final do processo, terá a tarefa de julgar o caso. A presunção de não-culpabilidade do réu deve ser desfeita exclusivamente pelo órgão acusador e não por juízes justiceiros, que acreditam que uma de suas atribuições é o combate à criminalidade.¹³⁶

À primeira vista, podemos conceber a atuação do juiz na produção da prova quando ela tem a finalidade de beneficiar o réu. No entanto, muita cautela deve-se ter com esse pensamento, pois, de acordo com princípio da comunhão das provas, a prova produzida é comum ao processo, podendo ser utilizada por qualquer um dos atores processuais. Nesse sentido, ao excepcionarmos a vedação da produção da prova *ex officio* pelo magistrado sob o fundamentando de beneficiar o réu, na verdade, a prova poderá ser utilizada prejudicá-lo.¹³⁸

Um ponto importante a ser citado é que embora a Constituição Federal consagre o *in dubio pro reo*, o Código de Processo Penal (lei ordinária) possibilita que o juiz, de ofício, ordene a produção antecipada de provas e realização de diligências para dirimir dúvidas sobre algum ponto relevante (art. 156 do CPP). Ocorre que após a inserção do art. 3º-A no CPP a iniciativa probatória do magistrado na fase investigativa e processual deve passar por uma releitura a fim extinguir a figura do juiz-delegado/juiz-promotor. Nessa perspectiva, pode-se concluir que após a lei 13.964/19 o art. 156 foi tacitamente revogado pelo o art. 3º-A, ambos do CPP. No entanto, o art. 156 continua válido em virtude da suspensão do art. 3-A do CPP pelas decisões nas ADIn's supracitadas. Com isso, até o momento, o Brasil adotou um sistema acusatório somente do ponto de vista formal, pois ainda se convive com deformações em relação ao sistema processual penal democrático.¹³⁹

Por fim, cumpre salientar que a opção cristalina pelo sistema acusatório não permite a adoção de uma postura de “meio-termo”, no sentido de que a inserção de novos dispositivos sem a revogação tácita/expressa de outros corrobora para manutenção dos resquícios

¹³⁶ SOUSA, Ulisses. Revista. **Juiz de garantias, imparcialidade e a iniciativa probatória**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-31/ulisses-sousa-juiz-garantias-imparcialidade-necessaria>>. Acesso em 31/01/2021.

¹³⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** - 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 112.

¹³⁹ SOUSA, Ulisses. Revista. **Juiz de garantias, imparcialidade e a iniciativa probatória**. Revista Consultor Jurídico. Op. cit.

inquisitoriais no processual penal brasileiro¹⁴⁰. Atualmente, o princípio e o sistema acusatório são meras promessas, visto que há um processo “acusatório” com um que juiz age de forma inquisitiva.¹⁴¹ A virada processual penal do estilo inquisitório para o estilo acusatório exige uma mudança radical de cultura e mentalidade, pois, manter um sistema acusatório não puro (acusatório-inquisitório) significa enganar a todos e violar as disposições constitucionais e convencionais.¹⁴² A conclusão lógica é a imprescindibilidade do afastamento do juiz da atividade probatória, ainda que subsidiária, visto que tal autorização dá margem para violações à imparcialidade da decisão.¹⁴³

3.2. Conceito

O juiz de garantias é um instituto trazido pela lei 13.964/19 que visa aperfeiçoar o sistema acusatório brasileiro promovendo o distanciamento do magistrado da fase investigativa. Ele será responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e na salvaguarda das liberdades individuais submetidas à reserva de jurisdição. Apesar de, em tese, todo juiz ser essencialmente um garantidor dos direitos individuais no processo penal, a implementação do juiz das garantias vai além disso, pois otimiza a dimensão normativa do princípio do juiz natural e imparcial ao colocar, verdadeiramente, o juiz distante dos fatos.¹⁴⁴

O juiz das garantias não é cargo novo, mas sim uma nova função que poderá ser desempenhada por qualquer magistrado, com a divisão de competência funcional pré-determinada pelas normas de organização de cada tribunal, sendo vedada a designação de juízes *ad-hoc*. Ao separar as competências do juiz investigação das competências do juiz da instrução a legislação não divide a jurisdição, que permanece una, apenas delimita a competência funcional de cada magistrado, segundo a fase da persecução penal.¹⁴⁵

3.3. Atribuições

¹⁴⁰ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 198.

¹⁴¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 130-132.

¹⁴² BRITO, Alexandre Trovão. **A urgência do sistema acusatório no Brasil**. Revista Consultor Jurídico. Op. cit.

¹⁴³ Revista Direito, Estado e Sociedade. **O "Sistema Acusatório" do Processo Penal Brasileiro: Apontamentos Acerca do Conteúdo da Acusatoriedade a partir de Decisões do Supremo Tribunal Federal**. Op. cit. p. 186-187.

¹⁴⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 1291.

¹⁴⁵ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de Direito Processual Penal e Execução Penal** - 16ª ed. - Salvador: Ed, JusPodivm, 2021. p. 197-198.

O art. 3-B, I a XVII, do CPP traz um rol exemplificativo das atribuições desenvolvidas pelo juiz das garantias. A seguir será realizada a análise de cada uma delas com enfoque na relação entre o juiz das garantias e a audiência de custódia no modelo de processo penal acusatório.

3.3.1. Controle de legalidade, necessidade, manutenção da prisão e das medidas cautelares

Em muitos casos, o juiz só toma conhecimento de uma investigação quando lhe é requisitada alguma medida cautelar submetida a reserva de jurisdição. A partir da lei 13.964/19, a instauração de toda e qualquer investigação criminal deverá ser comunicada ao juiz das garantias, mesmo que durante a evolução investigativa ele efetivamente não venha a atuar. Atenção para o fato de o art. 3-B, IV, do CPP utiliza a expressão “qualquer investigação criminal” o que engloba tanto as investigações iniciadas pela polícia como aquelas iniciadas pelo Ministério Público. Vale dizer também que mesmo nos casos em que o sigilo é necessário para o êxito da investigação, este não é oponível ao Poder Judiciário que agora, na figura do juiz das garantias, deverá ser imediatamente comunicado da instauração de procedimento investigatório.¹⁴⁶ Diante disso, essa comunicação se qualifica como uma condição *sine qua non* para o efetivo controle da legalidade a ser realizado pelo juiz das garantias na fase investigativa.

A requisição de documentos, laudos e informações pelo juiz das garantias ao delegado sobre o andamento das investigações também é uma forma de instrumentalizar controle de legalidade investigação criminal. Essa atribuição deve interpretada e executada em consonância com o sistema acusatório, posto que não compete ao juiz das garantias tomar a iniciativa de requisitar a juntada de documentos à investigação criminal sob pena violar o art. 3º-A do CPP. Assim, a atuação do juiz das garantias restringe-se a requisitar ao delegado os documentos e informações que já foram solicitados pelas partes, mas não foram atendidas pela autoridade policial.¹⁴⁷

Em caso de prisão em flagrante, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, o juiz das garantias receberá o auto de flagrância e o preso será levado à sua presença para que seja realizada a

¹⁴⁶ MAYA, André Machado. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 96.

¹⁴⁷ MAYA, André Machado. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 101.

audiência de custódia. Ao presidir a audiência de custódia, o juiz das garantias terá melhores chances de verificar as circunstanciais da prisão e, assim, analisar, mediante requerimento, quais são medidas mais adequada ao caso. O art. 3º-B, V, CPP, ao utilizar a expressão “decidir sobre o requerimento”, amplia a vedação de atuação, *ex officio*, também para o juiz das garantias, inclusive na conversão da prisão em flagrante em preventiva.

O art. 3º-B, III, ao CPP ampliou o controle da legalidade sobre a prisão para antes e depois da audiência de custódia ao possibilitar que o juiz das garantias determine que o custodiado seja levado à sua presença, a qualquer tempo. Esse controle da prisão alargado, sem hora marcada, configura-se com mecanismo na prevenção e no combate a tortura apto reduzir as agressões desde o momento da abordagem policial até o inicial do recebimento da denúncia.

Durante a fase investigativa, o controle jurisdicional sobre todas as medidas cautelares (pessoais, reais ou diversas da prisão) caberá ao juiz das garantias, devendo exercê-lo, desde de logo, na audiência de custódia. No entanto, mesmo que já tenha ocorrido a audiência de custódia, o juiz das garantias está obrigado a intimar as partes para que possam se manifestar sobre a necessidade e adequação da decretação da medida cautelar. Assim, diferentemente da dinâmica anterior que previa manifestações por escrito, na análise da necessidade de manutenção das medidas restritivas de direitos de liberdade será garantida ao preso o exercício o contraditório por meio de uma audiência pública e oral.

O art. 3º-B, XI, do CPP materializa a função do juiz das garantias ao atribuir-lhe a competência para decidir sobre concessão de medidas restritivas de direitos individuais submetidas à reserva de jurisdição (interceptação telefônica e busca e apreensão domiciliar, por exemplo), quando solicitadas na fase investigatória. Sabendo das inúmeras possibilidades de limitação, o legislador trouxe um rol exemplificativo (“outros meios”) dos requerimentos cabíveis na fase de investigação.

3.3.2. Acordo de não persecução penal; colaboração premiada

O acordo de não-persecução penal (ANPP¹⁴⁸) é uma medida despenalizadora que mitiga o princípio da obrigatoriedade da ação penal ao permitir que o Ministério Público não ofereça

¹⁴⁸ Código de Processo Penal: “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima

a denúncia, mesmo diante da justa causa penal. Assim, o ANPP só é cabível na fase investigativa, pois pressupõe o não oferecimento da denúncia ou queixa. Já o acordo de colaboração premiada (ACP) é um meio de investigação de fontes de prova, regulamento pela lei 12.850/03, que caracteriza-se como um negócio jurídico entre o autor do fato e as autoridades da persecução, sendo cabível tanto na fase de investigação como na fase processual.

A celebração do ANPP depende, cumulativamente, de 3 (três) requisitos: (i) confissão formal e circunstancial do crime; (ii) crime praticado sem violência ou grave ameaça e (iii) crime com pena privativa de liberdade mínima, em abstrato, inferior a 4 (quatro) anos. Além dos requisitos, acordo terá as seguintes condições: reparação do dano ou restituição da coisa (salvo impossibilidade); renúncia voluntária de bens e direitos do crime; prestação de serviços, pelo prazo, no mínimo, igual a pena mínima do crime; pagamento de prestação pecuniária, além de outras disposições.

Como o ANPP só pode ser formalizado durante a fase de investigação, caberá ao juiz das garantias efetuar sua homologação. A homologação é um ato formal no qual o juiz verifica a regularidade do instrumento e a voluntariedade do autor, não havendo, portanto, juízo quanto ao conteúdo. Caso seja formalizado um ACP, a análise substancial do instrumento ficará a cargo do juiz da instrução.

Apesar do Código de Processo Penal não disciplinar o momento adequado para celebração do ANPP, a Orientação Conjunta nº 03/18 do Ministério Público Federal¹⁴⁹ permite a utilização do acordo na audiência de custódia, pois entende que não há prejuízo ao direito de defesa do custodiado porque o advogado/defensor público está presente na audiência. No entanto, defende-se aqui que a audiência de custódia não é o momento mais oportuno para celebração do ANPP, tendo em vista o princípio da presunção de não culpabilidade.

inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (...)"

¹⁴⁹ Item 5.3. "Poderá ser utilizada a audiência de custódia para oferecimento da proposta do acordo de não persecução penal, uma vez que esse ato sempre deverá contar com a participação de advogado, constituído ou nomeado pelo juízo. Nesse caso, o membro do MPF tomará as cautelas de praxe, especialmente quanto aos antecedentes, e poderá requerer seja oficiado à Polícia Federal sobre o acordo e a necessidade da remessa dos autos do inquérito policial ao MPF."

Na audiência de custódia, ainda sob os efeitos emocionais da prisão, é razoável de se esperar que o custodiado deseje a liberdade o mais rápido possível, independentemente das limitações (rol exemplificativo) que serão impostas com celebração do instrumento, inclusive declarar-se culpado de um crime que eventualmente não cometeu. O prazo de 24h entre a prisão e a audiência de custódia é um tempo muito curto para que o custodiado e o seu advogado reflitam sobre os fatos, circunstâncias e estratégias que melhor se amoldam a ampla defesa. Assim, sob o aspecto da paridade de armas, é praticamente impossível que haja elementos para fundamentar uma manifestação de vontade livre e desembaraçada do acusado, ainda mais, frente a atual fase de mecanização da audiência de custódia.¹⁵⁰

3.3.3. Zelo pelos direitos do custodiado

O advogado do acusado tem o direito de se comunicar com o seu cliente e de analisar quaisquer documentos já anexados aos autos da investigação, mesmo sem procuração. Apesar dessa prerrogativa não depender de prévia autorização judicial, o seu cerceamento deverá ser resolvido pelo juiz das garantias.

O juiz das garantias, especificamente, deve preservar o direito de imagem da pessoa presa, evitando que o preso seja submetido a situações vexatórias ou a mera espetacularização por parte das autoridades estatais. A exploração midiática das mega operações policiais enseja pré-julgamentos irreversíveis no pensamento coletivo, pois cria-se a ilusória sensação de que a quantidade de recursos utilizados está diretamente relacionada com grau de culpabilidade do indivíduo. Na execução dessa atribuição o juiz das garantias buscará estipular limites mínimos para que o direito da sociedade à informação não viole a dignidade do preso, paralelamente, tentando evitar que espetáculos sensacionalistas interfiram na imparcialidade dos atores da persecução penal.¹⁵¹

3.3.4. Provas antecipadas

Atuando como fiscal da legalidade e garantidor dos direitos fundamentais, o juiz das garantias não deve orientar a investigação, muito menos, ser exposto a produção de elementos

¹⁵⁰ SANTANA, Blenda Henriques de. **Acordo de não persecução penal na audiência de custódia: uma necessária ponderação entre economicidade processual e garantias fundamentais do flagranteado**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6173, 26 maio 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/82475>>. Acesso em: 15/10/2020.

¹⁵¹ MAYA, André Machado. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 126.

informativos, salvo nos casos previsto em lei. Então, a intervenção do juiz deve ser excepcional e delimitada aos requerimentos solicitados, sempre procedendo com a devida cautela para que não seja a adota uma postura inquisitorial ao tentar produzir provas de ofício.¹⁵²

Em regra, as provas devem ser produzidas na fase processual, na audiência de instrução e julgamento, a fim de que se possa viabilizar o pleno exercício do contraditório e ampla defesa. Excepcionalmente, sob decisão concretamente fundamenta¹⁵³, poderá ocorrer a produção antecipadas de provas como forma de garantir o resultado útil do processo. Mesmo nesse caso, competente ao juiz das garantias autorizá-las, mas não as decretar de ofício.

As provas antecipadas são aquelas que devido a urgência ou risco de perecimento da sua fonte tem a produção em momento distinto do previsto em lei, necessitando de autorização judicial e submetendo-se ao contraditório e ampla defesa (realização de audiência pública e oral). Já a prova não repetível é aquela que uma vez produzida, não pode ser novamente coletada, em virtude do desaparecimento, da destruição ou do perecimento da fonte probatória. Ressalta-se que, excepcionalmente, exames periciais poderão ser determinados pelo delegado de polícia sem prévia autorização judicial (art. 6º, VII, CPP).¹⁵⁴

Há um aparteante conflitos de normas, pois o art. 156, I, do CPP autoriza o juiz a determinar, de ofício, a produção antecipada de provas. No entanto, o art. 3º-B, VII, do CPP utiliza a expressão “decidir sobre requerimento”, o que pressupõe a necessidade de requerimento prévio pela parte interessada. Soma-se a esse debate a opção expressa do legislador pelo sistema acusatório no art. 3-A a partir da lei 13.964/19. Diante desse cenário divergente, só se pode concluir que a lei 13.964/19 (posterior) revogou tacitamente o art. 156, I, do CPP, passando a proibir a atuação de ofício do magistrado.¹⁵⁵

¹⁵² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** - 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 132.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 455**: “A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.”.

¹⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** - 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 135-136.

¹⁵⁵ MAYA, André Machado. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 98-99.

3.3.5. Incidente de insanidade mental

Havendo dúvida sobre a integridade mental do investigado a época do fato ou no momento atual da investigação, o juiz das garantias poderá determinar que o imputado seja submetido a exame médico de saúde mental. Vale lembrar que o resultado do laudo médico poderá ter reflexos na persecução penal, como por exemplo, indicar a ausência de crime (inimputabilidade) ou impor redução da pena (semi-imputabilidade).¹⁵⁶

3.3.6. Assistente técnico

Historicamente, o assistente técnico é um auxiliar contratado pela parte para elaborar um parecer técnico, fomentando ou apontando as fragilidades do laudo pericial. Desse modo, a admissão do assistente técnico ocorria após a realização da perícia. Ocorre que o inciso XVI do art. 3º-B do CPP inaugura uma nova sistemática ao permitir a admissão do assistente para acompanhar a realização da perícia. Essa nova dinâmica, o investigado, indiretamente, por meio do seu assistente técnico, poderá até formular quesitos para o perito oficial. Ressalta-se que apesar da mudança, a intervenção do assistente não configura um requisito para a realização de exames periciais neste momento da persecução penal.¹⁵⁷

3.3.7. Prorrogação e trancamento do inquérito policial

Tratando-se de investigado preso, o prazo para conclusão do inquérito policial era de, no máximo, 10 dias (improrrogáveis). A partir da lei 13.964/19, mediante representação do delegado mais a oitiva do Ministério Público, o juiz das garantias poderá prorrogar o inquérito, uma vez, por até mais 15 dias (art. 3º-B, §2º). Entende-se que essa nova previsão poderá desestimular uma postura ativa do magistrado em fiscalizar a investigação para que esta seja concluída no prazo legal de 10 dias (regra), e, como consequência, representa um agravamento da situação do investigado diante do prolongamento da prisão associada a investigação. Quando o acusado está solto o prazo para conclusão das investigações continua sendo de 30 dias, sendo admitidas sucessivas prorrogações sem a necessidade de autorização judicial. Também foram

¹⁵⁶ MAYA, André Machado. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 103.

¹⁵⁷ TAVORA, Nestor; **Direito Processual Penal. Artigo por Artigo**. Disponível em: <grancursosonline.com.br/aluno/espaco/download-apostila/codigo/QftHZEyFLc8%3D/c/o3YrCFC0ndI%3D>. Acesso: 24/04/2021.

mantidos os prazos previstos na legislação extravagante (por exemplo, Lei de Drogas e crimes contra a economia popular).

O art. 3º-B, IX, explicita a função jurisdicional de controle da justa causa para a persecução penal por meio do trancamento do inquérito policial (instauração ou prosseguimento). Trata-se de uma medida excepcional que acarreta a extinção antecipada do inquérito nos casos de atipicidade da conduta; causa extintiva da punibilidade ou quando houver excesso de prazo entre a conclusão do inquérito e o oferecimento da denúncia¹⁵⁸.

O trancamento será determinado pelo juiz das garantias, de ofício ou a requerimento, ou por força da impetração de *Habeas Corpus*. Nesse sentido, o trancamento do inquérito não se confunde o seu arquivamento, pois com a nova redação do art. 28 do CPP (suspensão) o arquivamento passa ser ato exclusivo do Ministério Público, e, portanto, não sujeito ao controle judicial.

Ao interpretar o dispositivo, Paccillei defende que o juiz das garantias não deve determinar o trancamento do inquérito *ex officio* quando houver manifestação do Ministério Público pelo prosseguimento da investigação. Na visão do autor, o trancamento só poderá ocorrer quando houver anuência do *parquet*, visto que os juízos de conveniência e de oportunidade da investigação não estão inseridos no rol de competências do magistrado, ao menos não na fase de investigação.

3.3.8. *Habeas Corpus* antes da denúncia

Diante de qualquer coação ilegal da autoridade policial/administrativa antes do oferecimento da denúncia, a parte poderá impetrar *Habeas Corpus* junto ao juiz das garantias. Todavia, quando a ilegalidade for cometida pelo membro Ministério Público a competência para julgar o *Habeas Corpus* será do respectivo Tribunal de Justiça ou Regional Federal.¹⁵⁹

¹⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 480.079/SP**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em: 11/04/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712478966/habeas-corpus-hc-480079-sp-2018-0309978-0/inteiro-teor-712478974>>. Acesso em: 05/10/2020.

¹⁵⁹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 202-203.

3.3.9. Recebimento da denúncia ou queixa

Encerrada as investigações preliminares, caso haja justa causa para ação penal, o Ministério Público oferecerá a denúncia. O juiz das garantias analisará a peça acusatória podendo:

- (i) rejeitá-la, em caso de inépcia ou ausência de justa causa, pressuposto processual ou condições da ação penal. A decisão que rejeita a denúncia não faz coisa julgada material sendo cabível a interposição de recurso em sentido estrito (art. 581, I, do CPP).
- (ii) aceitá-la, quando presentes as provas da materialidade e indícios da autoria do crime. Nesse caso, a decisão é irrecorrível e interrompe a prescrição.

Recebida a denúncia, o juiz das garantias ordenará a citação do acusado para que apresente resposta à acusação em até 10 dias, contados da citação. A resposta à acusação é obrigatória, sob pena de nulidade, podendo ser alegado tudo que interessa à defesa como, por exemplo, preliminares, documentos, especificação de provas e arrolamento de testemunhas.

Após a resposta à acusação, os autos retornam ao juiz das garantias para que ele decida se absolve sumariamente ou não o acusado. As hipóteses de absolvição sumária devem ser manifestadas claras, constituído um rol taxativo: atipicidade da conduta; causas de extinção da punibilidade; excludentes da ilicitude ou culpabilidade, salvo, neste último caso, inimputabilidade. A sentença absolutória faz coisa julgada material, sendo possível a interposição de apelação em até 5 dias (art. 593, I, do CPP).

Não absolvendo sumariamente, o juiz das garantias ratificará o recebimento da denúncia e encerrará a sua participação com a remessa de parte dos autos (denúncia/queixa; decisão de recebimento; decisão que decretou medidas cautelares e a decisão que manteve o recebimento) ao juiz da instrução.¹⁶⁰

Importante frisar que a retenção de parte dos autos busca evitar/minimizar os efeitos psicológicos que o contato prévio com a investigação pode produzir na decisão final do processo. Nesse sentido, os arts. 3-C, § 3º e §4º do CPP inovaram ao determinar que todos os atos de competência do juiz das garantias serão acautelados na secretaria do respectivo juízo,

¹⁶⁰ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 204-205

sendo garantido o amplo acesso pelas partes. Ou seja, os autos que compõem as matérias do juiz das garantias não serão apensados aos autos do processo que será remetido ao juiz da instrução. Essa retenção dos autos investigativos coaduna-se com a própria sistemática acusatória estabelecida pela lei 13.964/19, uma vez que o inquérito policial apresenta uma leitura policial dos fatos, baseado em um conjunto de informações obtidas unilateralmente, sem participação das partes, que não raramente, se desenvolve com apenas uma linha de investigação.¹⁶¹ Assim, como o inquérito ainda é um procedimento essencialmente inquisitivo, a exposição do juiz as informações nele contaminariam sua cognição no momento de valorar a prova. Com isso, a separação dos autos do inquérito do processo enaltece a imparcialidade do julgador na medida em que transfere a valoração probatória somente para a fase de instrução criminal à luz da verdade processual.

Excepcionalmente, seguirão em autos apartados os documentos relativos às provas irrepetíveis (corpo de delito, por exemplo), medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas. Evidente, portanto, a preocupação do legislador em determinar que esses documentos permaneçam fora dos autos principal, pois são de uso exclusivo das partes que poderão utilizar ou não na audiência.¹⁶²

3.4. Limites de atuação

O *caput* do art. 3º-C, CPP, explicita que o juiz das garantias atuará em todas as infrações penais, exceto as infrações de menor potencial ofensivo. A exclusão do juiz das garantias no que se refere as infrações de menor potencial ofensivo é coerente com ordenamento jurídico na medida em que consagra o princípio da celeridade norteador dos Juizados Especiais. Além disso, no procedimento sumaríssimo o inquérito policial é substituído pela lavratura de um termo circunstanciado no qual o autor compromete-se a comparecer em juízo, na data solicitada, em substituição da prisão em flagrante. Logo, não se justifica a intervenção do juiz das garantias nas infrações de menor potencial ofensivo visto que não há previsão de medidas investigativas restritivas de direitos individuais.¹⁶³

¹⁶¹ NERES, Rogério. **Razões que justificam o juiz de garantias - Lei 13.964/19**. Disponível em: < <https://migalhas.uol.com.br/depeso/318700/razoes-que-justificam-o-juiz-de-garantias---lei-13-964-19>>. Acesso em 31/01/2021.

¹⁶² LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 210-212.

¹⁶³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 208;

O §1º do art. 3º-A do CPP prevê que uma vez recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução. Esse dispositivo deve ser visto com bastante atenção, pois vai na direção contrária a criação do juiz das garantias, uma vez que possibilita a contaminação do juiz da instrução com os elementos produzidos no inquérito policial. Com o intuito de evitar essa incompatibilidade como o sistema processual acusatório, a melhor solução seria que todas as diligências investigativas autorizadas pelo juiz das garantias fossem concluídas antes da decisão de recebimento ou não da denúncia de modo a não haver questões pendentes a ser decididas pelo juiz da instrução.¹⁶⁴

Como decorrência lógica da independência da função jurisdicional, as decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução, principalmente aquelas relacionadas a imposição de medidas cautelares (reais, pessoais e diversas da prisão). Nesse sentido, após receber parte dos autos, o juiz da instrução deverá rever, em 10 dias, se ainda estão presentes as circunstâncias (necessidade + adequação) que justificaram as restrições de direitos. Esse reexame abrange somente as medidas cautelares “em curso”, ou seja, não será possível o reexame daquelas medidas já indeferidas pelo juiz das garantias. Apesar disso, nada impede que fatos novos comprovados na fase de instrução legitimem a imposição de medidas cautelares já negadas da fase pré-processual.¹⁶⁵

Embora não explicitado, pode-se inferir que o reexame da necessidade de manutenção das cautelares é obrigatório¹⁶⁶, pois o objetivo da inovação legislativa é evitar a perpetuação de medidas cautelares imposta na fase de investigação. Desse modo, a nova sistemática do Código de Processo Penal prevê a revisão de medidas cautelares, de ofício, pelo juiz da instrução, em 2 momentos: 10 dias após o recebimento dos autos do juiz das garantias e a cada 90 dias ao longo do processo (art. 316, parágrafo único, do CPP). Aspira-se que essa nova dinâmica ajudará a combater a discricionariedade na aplicação das medidas cautelares, uma vez que a ausência de revisão implicará na ilegalidade da medida e sua consequente revogação.

¹⁶⁴ MAYA, André Machado. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 118.

¹⁶⁵ MAYA, André Machado. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 89; 118-119.

¹⁶⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 1301. O autor entende que o juiz da instrução pode, inclusive, rever o próprio ato de recebimento da peça acusatória.

3.4.1. Impedimento

As regras de impedimento (*lato sensu*) e de delimitação de competência são garantias processuais individuais que corroboram para a manutenção da imparcialidade do julgador, potencializando o devido processo legal. A criação do juiz das garantias e a consequente delimitação das fases de investigação e processual criou uma “nova regra de impedimento” em sentido amplo: o magistrado que oficiou como juiz das garantias fica impedido de atuar como juiz do processo, sob pena de nulidade absoluta dos atos praticados. Em outras palavras, o juiz das garantias será incompetente para a causa, pois já fora exposto a todos os elementos produzidos na fase de investigação, rompendo-se com até então vigente regra de prevenção da competência.

Aparentemente, ao utilizar a expressão “ficará impedido” o art. 3-D do CPP cria uma nova regra de impedimento como aquelas do art. 252 do CPP, mas, na verdade, o legislador introduz uma nova regra de distribuição de competência funcional, visto que serão atribuídas funções distintas a juízes diferentes no mesmo feito e no mesmo grau de jurisdição. Como já dito, a implementação do juiz das garantias não representa a criação de um novo cargo ou uma nova competência na estrutura do Poder Judiciário, mas sim, uma divisão das funções já existentes. Apesar de não ser comum a adoção do critério funcional de divisão de competência na primeira instância, ele é permitido desde que os critérios sejam objetivos e respeitem as normas constitucionais e legais de fixação de competência.¹⁶⁷

Se antes da lei 13.964/19 a regra da prevenção já causava estranheza por induzir à parcialidade o julgador, agora mais ainda com previsão explícita pela adoção do sistema acusatório, sendo certo que o art. 83 do CPP (competência por prevenção), no mínimo, encontra-se revogado tacitamente. Frente a incompatibilidade com a garantia da imparcialidade, intrínseca do sistema acusatório, a regra da prevenção da competência é substituída pela a função do juiz das garantias. A partir de então, o magistrado que decretar qualquer medida cautelar (pessoal, real ou probatória) na fase da investigação estará impedido de atuar no processo, e, conseqüentemente, não julgará o mérito da causa. Essa diferenciação objetiva da fase preliminar e processual rompe com dinâmica de contaminação subjetiva do

¹⁶⁷ SCHREIBER, Simone. **Em defesa da constitucionalidade do juiz das garantias**. Revista Consultor Jurídico. Op. cit. p. 10-12.

magistrado e poderá reduzir o número de prisões preventivas “viciadas”. No entanto, enquanto a eficácia do juiz de garantias estiver suspensa ainda vigora a regra da prevenção da competência.¹⁶⁸

3.5. ADIn’s 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305

A implementação do juiz das garantias deveria ter ocorrido 30 (dias) após a publicação da lei 13.964/19 (24/12/19). No entanto, logo após a publicação da lei, diversas entidades ingressaram com ADIN’s (nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305) com o objetivo de atacar a referida inovação processual. Foram concedidas duas medidas cautelares. A primeira, pelo até então Presidente do STF, o Ministro Dias Toffoli¹⁶⁹ que concedeu mais 180 (cento e oitenta) dias para a implementação do juiz das garantias. A segunda, pelo relator, Ministro Luiz Fux¹⁷⁰ que revogou a primeira decisão, e, determinou que o juiz das garantias e outros dispositivos inseridos pela lei 13.964/19 tivessem suas eficácias suspensas por prazo indeterminado até deliberação do Pleno do STF.

Inicialmente, a decisão do Ministro Dias Toffoli “estabeleceu” mais quatro hipóteses de limitação da competência do juiz das garantias, além daquela prevista no texto processual (infrações de menor potencial ofensivo): (i) processos de competência originária dos tribunais; (ii) processos de competência do tribunal do júri; (iii) casos de violência doméstica e familiar e (iv) processos de competência da Justiça Eleitoral. Ocorre que tais limitações não encontram amparo legal e extrapolam os limites da hermenêutica das decisões judiciais. Ao criar essas vedações o Ministro viola a competência privativa da União de legislar sobre normas de direito processual, pois excepcionar ou não a atuação do juiz das garantias em determinados procedimentos é uma competência do legislador ordinário e não do Poder Judiciário.¹⁷¹

Expressamente, a lei 13.964/19 não alterou a lei 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal de Federal. No entanto, o art. 2º, parágrafo único da lei 8.038/90 dita que o Relator, no exercício da função de juiz da instrução terá as mesmas atribuições que a

¹⁶⁸ MAYA, André Machado. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 129-133.

¹⁶⁹ <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-suspende-implantacao-juiz.pdf>. Acesso em 10/04/21.

¹⁷⁰ <https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-atereferendo.pdf>. Acesso em 10/04/21.

¹⁷¹ MAYA, André Machado. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 114-115.

legislação processual confere aos juízes singulares. Ocorre que, após a lei 13.964/19 haverá 2 juízes singulares na dinâmica procedimental: o juiz das garantias e o juiz da instrução. Diante disso, depreende-se que a lei 13.964/19, tacitamente, alterou o art. 2º da lei 8.038/90, direcionando a interpretação no sentido de que o magistrado que exercer a função de Relator não poderá atuar no julgamento da respectiva causa, similar a atuação do juiz das garantias.¹⁷²

Não há nenhuma vedação legal para a atuação do juiz das garantias na fase recursal ou nos processos de competência originária dos tribunais. Excluir a atuação do juiz das garantias nesses casos é uma grande contradição em si, pois a suspensão do instituto levou em consideração a necessidade de reestruturação judiciária, principalmente, no que diz respeito a problemática das varas de juiz único. No órgão colegiado, a pluralidade de magistrados garante o cumprimento da regra de impedimento, uma vez que somente o magistrado que desempenhou as funções de juiz das garantias em um processo específico estará impedido de participar desse julgamento. Ademais, a imparcialidade é pessoal e rege a atuação de cada magistrado, independente do julgamento ser monocrático ou colegiado.¹⁷³ Nesse sentido, a colegialidade não é suficiente para assegurar a imparcialidade, pois cada magistrado profere seu voto sozinho, estando individualmente sujeito a pré-conceitos caso tenha praticado atos no processo em momento anterior.

O tribunal do júri é competente para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, sendo regido pelo princípio da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, CF). Apesar da decisão final competir a um órgão colegiado de jurados (Conselho de Sentença), não se pode desconsiderar a atuação do juiz ao longo do processo. Na 1ª fase, por exemplo, o juiz deverá decidir pela impronúncia, absolvição sumária, desclassificação ou pronúncia. Em plenário, o mesmo juiz que preside a sessão de julgamento e acompanha toda a dilação probatória poderá proferir sentença, caso o júri decida pela desclassificação do crime. Assim, é legítima a implementação do juiz das garantias para minimizar a contaminação prévia do magistrado do tribunal do júri que influencia sua originalidade cognitiva no momento da decisão.¹⁷⁴

¹⁷² MAYA, André Machado. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 112-113.

¹⁷³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 219.

¹⁷⁴ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 219-220.

A realidade social brasileira é marcada pelo crescente número de casos de violência contra a mulher, fruto da sociedade estruturalmente machista e discriminatória. Mesmo que os meios de comunicação exponham os relatos das vítimas, nunca poderemos dimensionar a sua dor. O Ministro Dias Toffoli ao excepcionar a atuação do juiz das garantias no contexto de violência doméstica, argui que a cisão entre as fases de investigação e julgamento impediria que o juiz conhecesse toda a dinâmica da agressão. No entanto, a presença do juiz das garantias não tem o condão de interferir na compreensão dos fatos, pois as provas serão produzidas perante ao juiz da instrução e, qualquer prova urgente, antecipada ou irrepetível será levada ao seu conhecimento imediatamente¹⁷⁵. Reflete-se que, a própria comoção que tais crimes proporcionam seja o argumento preponderante para justificar a atuação do juiz das garantias no sentido de minimizar a influência que o envolvimento emocional tem sobre a imparcialidade do julgador.¹⁷⁶

Não há dúvidas que a justiça eleitoral possui uma estrutura diferenciada com magistrados designados para exercer as atribuições nessa área especializada. No entanto, isso não é fundamento para afastar a atuação do juiz das garantias, ainda mais que a demanda criminal eleitoral é extremamente reduzida em comparação com a justiça comum. Além do mais, como o CNJ já se posicionou pela plena viabilidade de implantação do juiz das garantias na justiça federal e comum não há que se duvidar da possibilidade de o juiz das garantias atuar na justiça eleitoral, que possui um âmbito de atuação menor.¹⁷⁷ Talvez, o que se poderia pleitear é um prazo maior para operacionalização do juiz de garantias na estrutura eleitoral frente ao baixo quantitativo de material humano, mas nunca excluir a sua implementação.

Na liminar concedida em 22/01/20, o Ministro Luiz Fux suspendeu a eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F do CPP sob o fundamento de que tais dispositivos estão eivados de inconstitucionalidade formal e material. A inconstitucionalidade formal residiria no fato: (a) da lei contemplar “ao mesmo tempo normas gerais e normas de procedimento em matéria processual” e, (b) da instituição do juiz de garantias depender de lei de iniciativa do Poder Judiciário. Já a inconstitucionalidade material se dá: (a) pela ausência de dotação orçamentária

¹⁷⁵ MAYA, André Machado. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 114-115.

¹⁷⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** - 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 151-153.

¹⁷⁷ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 222.

e estudos de impacto prévios para a implementação do instituto e, (b) pelo impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade.

Primeiramente, o art. 3-A do CPP é uma norma estruturante e principiológica com força e existência autônoma, razão pela qual jamais poderia ter sido objeto de suspensão liminar. Além disso, a vigência do art. 3º-A do CPP é de graça e não muda organização judiciária, basta que o juiz permaneça no seu lugar de excelência: a inércia.¹⁷⁸

As disposições sobre o juiz das garantias fixam uma nova regra de competência funcional, dividindo as atribuições jurisdicionais entre dois magistrados diferentes, um com atuação na fase investigativa, outro na fase instrutória. Dessa forma, os arts. 3º-B a art. 3º-F possuem natureza processual e, conseqüentemente, é válida a edição da lei 13.964/19 na medida em que cabe, privativamente, a União legislar sobre matéria processual (art. 22 da CF).

Quanto à ausência de dotação orçamentária, reafirma-se que a lei 13.964/19 não cria uma nova competência ou um novo órgão no Judiciário brasileiro e, conseqüentemente, não incrementa o orçamento do Poder Judiciário. O juiz das garantias é uma função que será ocupada pelos magistrados já existente por meio de critérios objetivos a serem adotados por cada ente federativo sob orientação do Conselho Nacional de Justiça. O resultado dessa reorganização judiciária adequará a realidade prática à opção do legislador pelo modelo processual acusatório.

O combate e o enfrentamento da criminalidade não é parâmetro de aferição da constitucionalidade de uma norma, uma vez que tais ações cabem aos agentes de segurança pública e não ao magistrado na execução do seu mister.¹⁸⁰ A atuação do magistrado deve-se pautar pela estrita observância dos direitos e garantias fundamentais, pois caso abandone esse axioma em nome do combate à criminalidade estará aberto a praticar perseguições e abusos de qualquer natureza sob o pretexto de que “os fins justificam os meios”. No processo penal democrático, a mentalidade que deve permear as decisões judiciais é a reverência às garantias

¹⁷⁸ NICOLITT, André. **Quanto custa um juiz imparcial?**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-11/andre-nicolitt-quanto-custa-juiz-imparcial>>. Acesso: 31/01/2021.

¹⁸⁰ FIGUEIRA, Marcello Enes. **Por que o juiz não pode ser um agente de combate à criminalidade, à corrupção e à impunidade?**. Revista Justificando. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/08/06/por-que-o-juiz-nao-pode-ser-um-agente-de-combate-a-criminalidade-a-corrupcao-e-a-impunidade/>>. Acesso em: 01/02/2021.

do cidadão tanto na interpretação como na aplicação das normas e não o combate irracional àqueles que estão em conflito com a lei.

3.6. Implementação e organização

Assim como o Ministro Fux, Pacelli defende que houve excesso legislativo na previsão de criação do sistema de rodízio para comarcas em que funcionar apenas um juiz (art. 3-D, parágrafo único, CPP). O autor argumenta que o legislador retirou do Tribunal competente a escolha dos critérios mais adequados para a sua organização judiciária, em especial, para a substituição do juiz impedido por ter atuado na fase de investigação. Apesar da posição do doutrinador, a lei não estabeleceu um critério rígido para a implementação do rodízio. No exercício de sua competência administrativa, os tribunais podem instituir varas especializadas para oficiarem como centrais de garantias, desde que não haja aumento de despesas.¹⁸¹ Além disso, nada obsta que o CNJ, no âmbito da gestão do Poder Judiciário, estabeleça outros critérios para otimizar a efetivação do juiz das garantias nos locais com um juízo único.

Em julho de 2020, o CNJ elaborou um estudo indicando a viabilidade prática da implementação do juiz das garantias no Poder Judiciário brasileiro.¹⁸² Após compilar sugestões de diversas entidades jurídicas, o estudo propõe uma Resolução que visa disciplinar a reorganização do Judiciário para adequar-se efetiva operacionalização do sistema acusatório. A minuta da Resolução sugere 4 modelos de estruturação do juiz das garantias, são eles:

(i) especialização, por meio de Vara das Garantias ou de Núcleo ou Central das Garantias, ocorrendo uma redistribuição de competência e/ou transformando as unidades já existentes. Os magistrados serão designados por critérios objetivos, como por exemplo, prévio exercício de atividades no âmbito criminal/execução penal ou publicações na área.

(ii) regionalização, por meio de Vara das Garantias Regionalizada abrangendo duas ou mais comarcas ou secções judiciárias. Nessa formatação, deve-se levar em consideração critérios

¹⁸¹ SCHREIBER, Simone. **Em defesa da constitucionalidade do juiz das garantias**. Revista Consultor Jurídico. Op. cit. p. 8-10.

¹⁸² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **A Implementação do juiz das garantias no Poder Judiciário brasileiro**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>. Acesso em: 01/11/2020.

demográficos, estimativa de procedimentos investigatórios e a distância¹⁸³ entre as comarcas em relação à sede da unidade regionalizada.

(iii) rodízio entre juízos da mesma comarca ou subseção judiciária, por meio de escala com designações pré-estabelecidas, distribuição aleatória ou regime de plantão. Sistemática semelhante já é adotada no modelo de substituto legal ao juiz impedido ou suspeito, agora, o magistrado que exercer a função de juiz das garantias estará impedido de atuar como juiz da instrução.¹⁸⁴

(iv) rodízio entre juízes lotados na mesma comarca ou subseção judiciária, por meio de adequação administrativa para que os autos sejam acautelamentos em local separado a fim de não contaminar o juiz da instrução. Por razões lógicas essa opção não poderá ser utilizada por juízos com vara única.

Além dos modelos acima, o avanço do processo eletrônico contribui para simplificar a estruturação do juiz das garantias sendo necessário, apenas, ajustar parâmetros do sistema atual para se evitar a contaminação do juiz da instrução por elementos obtidos na fase investigatória. Nessa linha, o Estudo possibilita que, excepcionalmente, o juiz das garantias atue por meio de videoconferência, salvo na realização da audiência de custódia. Nesse ponto, o CNJ segue o art. 3º-A, §1º do CPP, ao ratificar a importância da apresentação pessoal do preso para que as finalidades da própria audiência sejam cumpridas.

O Estudo também propõe uma nova redação à Resolução 213 (audiência de custódia) tornando-a mais robusta ao ampliar seus objetivos, à medida que insere entre eles a análise da prescrição e do binômio pertinência-contemporaneidade, no caso de prisão preventiva, e privilegia a humanização no tratamento e na apresentação do custodiado ao contar com procedimentos mais detalhados, ampliando quesitos e a possibilitando que Ente Federativo firme convênios para o deslocamento do preso no caso de regionalização, por exemplo. Além disso, a Resolução se alinha a nova redação do art. 28 do CPP, pois passa a prever como um dos possíveis resultados da audiência de custódia o arquivamento do inquérito policial (competência exclusiva do Ministério Público).

¹⁸³ O estudo revela que 80% das Comarcas que possuem 1 Juiz com competência criminal estão localizados a menos de 70 km uma das outras.

¹⁸⁴ As modalidades de rodízio incluirão, preferencialmente, juízos que possuam competência criminal.

Diante do exposto, é possível afirmar que a operacionalização do juiz das garantias é totalmente viável e necessária no sistema processual penal brasileiro por meio de uma reorganização administrativa aliada a redistribuição dos recursos e da força de trabalho. Importante compreender que o juiz não é um ser alheio aos acontecimentos cotidianos, mas sim, uma figura igualmente inserida na dinâmica social que também está à mercê de opiniões, preferências e preconceitos como qualquer outro cidadão. A implementação de dois juízes ao longo da persecução penal prestigia essa constatação ao estabelecer uma linha divisória entre as funções de julgar, acusar e defender. Assim, diante da opção constitucional pelo sistema acusatório, a figura do juiz das garantias pode atuar como um redutor de danos ao evitar a contaminação e a vinculação psicológica do magistrado com os elementos apreciados na fase de investigação policial possibilitando uma decisão justa.

CONCLUSÃO

A audiência de custódia e juiz das garantias representam uma evolução na proteção dos direitos fundamentais. A compulsoriedade da audiência de custódia com a apresentação pessoal e individualizada do imputado ao juiz das garantias, em até 24 (vinte e quatro) horas, caracteriza-se como um dos mecanismos pelos quais o juiz das garantias poderá salvaguardar os direitos e garantias fundamentais e controlar a legalidade, necessidade e manutenção da prisão e das medidas cautelares. Além disso, pode-se dizer a reserva de jurisdição foi ampliada com a audiência de custódia, uma vez que a precariedade da prisão em flagrante e a provisoriedade da prisão preventiva intensificam o papel do juiz de garantias no processo penal. Diante disso, nota-se a sinergia entre os institutos de forma que contribuem para potencializar as finalidades um do outro.

Primordialmente, a audiência de custódia é momento que o juiz das garantias terá contato pessoal com o preso e poderá averiguar se este foi vítima de tortura ou maus tratos. No entanto, a finalidade de prevenir e combater a tortura pode ser esvaziada caso a audiência de custódia venha ser realizada fora do prazo legal ou caso a violência ocorra após a audiência. Em qualquer uma das situações, a implementação do juiz das garantias poderá auxiliar a audiência de custódia no cumprimento da sua finalidade, pois, caso tenha ciência da agressão, poderá determinar que o preso seja levado a sua presença, a qualquer momento. A atribuição de zelar pela observância dos direitos do preso induz que a opção pelo modelo processual penal acusatório não se traduz em um juiz inerte e alheio a violação dos fundamentais, que depende de provocação dos sujeitos processuais, pelo contrário, as atribuições conferidas ao juiz das garantias possibilitam a sua atuação, *ex officio*, para garantir a cessação dos abusos cometidos.

A disfuncionalidade da audiência de custódia é um reflexo da postura inquisitorial que ainda permeia o processo penal brasileiro. A implementação do juiz das garantias poderá auxiliar no cumprimento efetivo das finalidades da audiência de custódia, uma vez que o processo penal contará com um duplo filtro protetor de direitos e garantias fundamentais por meio da segmentação das fases da persecução penal, cada uma como um juiz específico. Por exemplo, caso a audiência de custódia ocorra em virtude de uma prisão em flagrante, o primeiro magistrado a ter contato com o fato será o mesmo que exercerá a função de juiz das garantias. Caso ele decrete uma medida cautelar descabida, o juiz da instrução poderá revogá-la a partir

do momento que receber partes dos autos do processo, visto que deverá reavaliá-la em até 10 (dez) dias. Agora, caso a audiência de custódia seja realizada em decorrência de prisão preventiva decretada no curso do processo, o magistrado que atuar como juiz das garantias deverá reexaminar a necessidade da medida e, não havendo motivo para que ela subsista poderá revogá-la. Desse modo, a não vinculação recíproca entre as decisões do juiz das garantias e do juiz da instrução tem o potencial de diminuir a imposição arbitrária de medidas cautelares.

Um aspecto que pode explicar, mas não justificar, a supremacia da prisão preventiva no Judiciário brasileiro é a regra da prevenção da competência. Tal regra diz que quando houver dois ou mais juízes competentes para a causa, o juiz que antecedeu aos demais na prática de algum ato da persecução penal fica prevento para julgar o feito. Assim, por exemplo, o magistrado que na audiência de custódia decida pela conversão da prisão em flagrante em preventiva, provavelmente, será o mesmo que irá julgar o fato. Nesse dinâmica, quanto maior o contato do magistrado com os elementos dos autos, maior é a certeza de que ele deva ser o responsável por proferir uma sentença. Ocorre que no modelo processual penal acusatório a prevenção deveria ser uma regra de impedimento, haja vista que o contato prévio do magistrado todos os elementos produzidos na fase investigativa comprometem a sua imparcialidade, pois é, no mínimo, improvável que o durante o processo o magistrado venha deslegitimar ou revogar a medida anteriormente por ele decretada na fase investigativa.

A imparcialidade será aprimorada com a implementação do juiz das garantias visto que a divisão funcional de competências implicará no distanciamento cognitivo do julgador em relação aos fatos investigados. O juiz encarregado de proferir a sentença será um terceiro alheio e imparcial a investigação, pois o magistrado que atuou na fase investigação não poderá ser o juiz natural para o processo. Dessa forma, o juiz, isoladamente, até pode ser considerado imparcial, no entanto, caso funcione em alguma das fases da persecução penal, deverá ser considerado parcial para fases subsequentes, em primazia ao sistema penal acusatório.

Por último, não podemos esquecer que função de juiz das garantias será exercida pelos mesmos magistrados que hoje minimiza o alcance das finalidades da audiência de custódia. Por isso, a implantação do juiz das garantias deve ser articulada como mecanismos que possibilitem o aprimoramento do sistema acusatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4º Edição - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2. ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. 3ªed.: rev, amp. e atual. Juspodvim. 2014. p. 179.
- LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional** - v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 63
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 899.
- MAYA, André Machado. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 6.ª Ed. Atlas, 2007.
- TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de Direito Processual Penal e Execução Penal** - 16ª ed. - Salvador: Ed, JusPodivm, 2021.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.
- PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro** - 3ª edição. Edição do Kindle.
- PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2 ed. – Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.
- VELHO MASI, Carlo. **Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil**. Canal Ciências Criminais. 1ª Edição. Edição do Kindle. 2018.
- Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). **Relatório Nacional: O fim da Liberdade - A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia**. Publicação: 08/2019
- Observatório das Audiências de Custódia da Faculdade Nacional de Direito (OBSAC-UFRJ). Relatório: **Prisão como Regra – Ilegalidades e Desafios das Audiências de Custódia no Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/11/prisacc83o-como-regra_final.pdf>. Acesso em: 21/10/2020
- Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPERJ). **Perfil dos entrevistados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro nas audiências de custódia entre setembro de 2017 e setembro de 2019**.
- Conectas Direitos Humanos. **Tortura blindada: Como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5319883/mod_resource/content/1/Texto%20%20Tortura_Blindada.pdf>. Acesso em: 18/01/2021. p. 48.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Parecer. Audiência de Custódia. Disponível em: <https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod_resource/content/0/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf>. Acesso em: 14/01/2021.

BALDISSERA, Rafaela Reis. Caso André do Rap, Supremo e o vazio deixado no § único do art. 316 do CPP. Canal Ciências Criminais. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/caso-andre-do-rap-supremo-e-o-vazio-deixado-no-%c2%a7-unico-do-art-316/>>. Acesso: 03/02/2021

BALLESTEROS, Paula R. Audiências de custódia e prevenção à tortura: análise das práticas institucionais e recomendações de aprimoramento. Disponível em: < <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/audienciasdecustodiaeprevencaoatorturaanalisedaspraticasinstitucionaiserecomendacoesdeaprimoramento1correto.pdf>>. Acesso em: 17/01/2021.

BELLO, Ney. Juiz das Garantias: avanço necessário!. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/ney-bello-juiz-garantias-avanco-necessario>>. Acesso em: 01/02/2021.

BRASIL. Planalto. Lei 9.455 - Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm#:~:text=Define%20os%20crimes%20de%20tortura,Art.>>. Acesso em: 20/10/2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Tese. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas Vinculantes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acessado em: 14/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acessado em: 14/10/2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 213 e Protocolos I e II. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resolucao-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>>. Acessado em: 12/10/2020.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 13/10/2020.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 13/10/2020.

BRASIL. Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989. Convenção Interamericana para Prevenir Punir a Tortura. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d98386.htm>. Acesso em: 20/10/2020.

BRASIL. Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 12/10/2020.

BRASIL. Planalto. Decreto-Lei de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acessado em: 12/10/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 480.079/SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em: 11/04/2019. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712478966/habeas-corpus-hc-480079-sp-2018-0309978-0/inteiro-teor-712478974>>. Acesso em: 05/10/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 589.544/SC. Relatora: Laurita Vaz. Julgamento: 22/06/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-25/revisao-prisao-preventiva-obrigacao-quem-decreta-medida>. Acesso em: 07/10/2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 455: “A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.”.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmulas. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Jurisprudencia/Sumulas>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44 e 53. Relator: Ministro Mauro Aurélio. Julgado em: 07/11/19. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC434454.pdf>>. Acesso em: 20/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR Rcl 29.303 RJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Decisão: 10/12/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345242589&ext=.pdf>>. Acesso em: 14/10/2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 157.306/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 25/09/18. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo917.htm>>. Acesso em: 23/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 157.972/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 13/10/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-mendes-revoga-preventiva.pdf>>. Acesso em: 02/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 466.343. Relator: Ministro Cesar Peluzo. Julgado em: 03/12/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acessado em: 27/10/2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC HC 186.421/SC. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão de: 17/07/20. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-24/limite-penal-paradigmatica-decisao-celso-mello-hc-186421>>. Acesso em: 08/10/20.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC HC 191.836/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 02/10/20. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/liminar-marco-aurelio-andre-rap.pdf>>. Acesso em: 07/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1.038.925-SP. Repercussão Geral: Tema 959. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão: 19/09/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312754415&ext=.pdf>>. Acesso em: 21/01/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

BRITO, Alexandre Trovão. Revista Consultor Jurídico. A urgência do sistema acusatório no Brasil. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-30/trovao-brito-urgencia-sistema-acusatorio-brasil>>. Acesso: 29/01/2021.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Sentença de 26/09/06. Disponível <<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em: 14/01/2021.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Aosta Calderón vs Equador. Sentença de 25/06/2005, § 78; No mesmo sentido: Caso López Álvarez vs Honduras. Sentença de 01/02/2006, § 87; Caso Plamara Iribarne vs Chile. Sentença de 22.11.2005; Caso Tibi vs Equador. Sentença de 07/09/2004.

DIAS, Marina; LEONARDO, Hugo. Preso e Juiz Cara a Cara. Folha de São Paulo, São Paulo, 20 jan. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/01/1577397-marina-dias-e-hugo-leonardo-presos-e-juiz-cara-a-cara.shtml>>. Acesso em: 16/01/2021

DIAS, Marina; LEONARDO, Hugo. Preso e Juiz Cara a Cara. Folha de São Paulo, São Paulo, 20 jan. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2015/01/1577397-marina-dias-e-hugo-leonardo-pres-e-juiz-cara-a-cara.shtml>>. Acesso em: 16/01/2021

GOMES, Luiz Flávio. Audiência de custódia e a resistência das almas inquisitoriais. Instituto Avante Brasil, 24 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/audiencia-de-custodia-e-a-resistencia-das-almas-inquisitoriais/>>. Acesso em: 16/01/2021.

Kershaw, Gustavo Dias. É preciso falar mais sobre o sistema acusatório. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-08/dias-kershaw-preciso-falar-sistema-acusatorio>>. Acesso: 29/01/2021.

LIMA, Daniel. O delegado pode arbitrar fiança? Canal Ciências Criminais. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/delegado-arbitrar-fianca/>>. Acesso em: 09/10/20.

LOPES JR, Aury; MORAES DA ROSA, Alexandre Revista Consultor Jurídico. Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 1). Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 16/01/2021.

MAGALHÃES, Pedro. Entenda quais são os requisitos para a prisão preventiva. Canal Ciências Criminais. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/requisitos-para-a-prisao-preventiva/>>. Acesso em: 03/02/2021.

Michele de Menezes Leite. Importância da audiência de custódia na obrigação do estado de investigar os relatos de tortura por agentes policiais nas prisões em flagrante

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Orientação Conjunta nº 03/18. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada>>. Acessado em: 15/10/2020.

MORAES DA ROSA, Alexandre. O que você precisa saber sobre Audiência de Custódia. Empório do Direito. Jurídico. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia-por-alexandre-morais-da-rosa/#_ftnref1>. Acesso em: 15/01/2021

NERES, Rogério. Razões que justificam o juiz de garantias - Lei 13.964/19. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/318700/razoes-que-justificam-o-juiz-de-garantias---lei-13-964-19>>. Acesso em 31/01/2021.

NICOLITT, André. Quanto custa um juiz imparcial?. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-11/andre-nicolitt-quanto-custa-juiz-imparcial>>. Acesso: 31/01/2021. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 2. ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. p. 1594.

CONSULTOR Jurídico (CONJUR). Equidade racial na magistratura só será alcançada em 24 anos, diz CNJ. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-09/equidade-racial-magistratura-alcancada-24-anos-cnj>>. Acesso em: 23/10/2020.

SAIBRO, Henrique. A principiologia cautelar no processo penal. Canal Ciências Criminais. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/215911400/a-principiologia-cautelar-no-processo-penal>>. Acesso em: 14/01/2021.

SANTANA, Blenda Henriques de. Acordo de não persecução penal na audiência de custódia: uma necessária ponderação entre economicidade processual e garantias fundamentais do flagranteado. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6173, 26 maio 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82475>. Acesso em: 15/10/20.

SANTOS, Juarez Cirino. A Justiça como Espetáculo. Justificando. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/04/29/a-justicacomo-espetaculo/>>. Acesso em: 17/01/2021.

SCHREIBER, Simone. Em defesa da constitucionalidade do juiz das garantias. Revista Consultor Jurídico. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf>>. Acesso em: 28/01/2020.

Sillas Magalhães Mendes e Cristiane Ingrid de Souza Bonfim. v. 1 n. 2 (2018): Praxis Jurídica@ - Law Journal. p. 49-68. Disponível em: <<http://anais.unievangelica.edu.br/index.php/praxisjuridica/article/view/2842/2487>>. Acesso em: 22/10/2020.

SOSA, Ulisses. Revista. Juiz de garantias, imparcialidade e a iniciativa probatória. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-31/ulisses-sosa-juiz-garantias-imparcialidade-necessaria>>. Acesso em 31/01/2021.

STRECK, Lenio Luiz. Ao reescrever o art. 316, STF torna prisão preventiva sem prazo. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-19/streck-reescrever-art-316-stf-torna-preventiva-prazo>>. Acesso: 03/02/2021

Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC/RJ 483.901, Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em: 09/06/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859090956/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-483901-rj-2018-0333168-0/inteiro-teor-859091064/amp>>. Acesso em: 10/10/2020

TJ/RJ. HC no Processo nº 0055630-75.2019.8.19.0000. Relator: Paulo Baldez. Julgado em: 05/09/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/uso-abusivo-algemas-tj-rj-relaxa1.pdf>>. Acesso em: 23/10/20.

TJ/RJ. HC no processo nº 0055630-75.2019.8.19.0000. Relator: Paulo Baldez. Julgado em: 05/09/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/uso-abusivo-algemas-tj-rj-relaxa1.pdf>>. Acesso: 30/10/2020.

TJ/RJ. Processo nº 0057258-02.2019.8.19.0000. Relatora: Rosita Maria de Oliveira Netto. Julgamento 03/12/19. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/tj-rj-manda-soltar-presos-teve-audiencia.pdf>>. Acesso em: 08/10/20.

VALENTE, Fernanda. Advogados pedem que STF suspenda decisão de Fux que vetou juiz das garantias. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-16/advogados-pedem-suspensao-decisao-vetou-juiz-garantias>>. Acesso em: 01/02/2021.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. O "Sistema Acusatório" do Processo Penal Brasileiro: Apontamentos Acerca do Conteúdo da Acusatoriedade a partir de Decisões do Supremo Tribunal Federal. Revista Direito, Estado e Sociedade. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo08n47.pdf>>. Acesso em: 30/01/2021.

VILAL, DANIEL. Alexandre nega pedido de HC sobre demora do STF para julgar juiz das garantias.